

**DANIELA RIBEIRO MENDES NICOLA**

**ESTRUTURA E FUNÇÃO DO DIREITO  
NA TEORIA DA SOCIEDADE**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina como requisito  
parcial para a obtenção do título de  
Mestre.**

**Orientador: Prof.Dr.Leonel Severo Rocha**

**Co-orientador: Prof.Dr.Raffaele De Giorgi**

**FLORIANÓPOLIS**

**1994**

**A dissertação "ESTRUTURA E FUNÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DA SOCIEDADE" elaborada por Daniela Ribeiro Mendes Nicola e aprovada por todos os membros da Banca examinadora, foi julgada adequada à obtenção do título de Mestre em Direito.**

**Florianópolis, 20 de setembro de 1994**

**Banca Examinadora:**



**Prof.Dr.Leonel Severo Rocha**

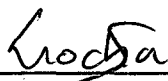
**Universidade Federal de Santa Catarina**

**Prof.Dr.Raffaele De Giorgi**

**Università Degli Studi di Lecce**

**Profa.Msc.Vera Karam de Chueiri**

**Pontifícia Universidade Católica do Paraná**



**Prof.Dr.Leonel Severo Rocha**

**Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito  
da UFSC e Orientador da presente dissertação.**

## **AGRADECIMENTOS**

Neste momento, em que cumprimos a etapa inicial de um percurso que apenas está começando, é imprescindível agradecer a todos que contribuíram para a realização deste trabalho:

a Marco, pela sua compreensão e apoio incondicionais;

a Yelda, Ernani e Gabriela, pela certeza de um "porto sempre seguro";

a Juliana e Ricardo, pela amizade profunda destes "quase-irmãos";

a Leilane, Cristiano, Samantha e Aires, por todo o apoio concedido;

aos professores da graduação Rui Rosado de Aguiar e João Luís de Barros,  
pelo exemplo de dignidade e humildade dos grandes mestres e amigos;

a todos os colegas e amigos do Curso de Pós-Graduação em Direito, pela  
possibilidade de compartilhar idéias e aspirações;

aos amigos italianos, e em especial ao pessoal do Centro di Studi Sul Rischio,  
por todo o apoio concedido;

a professora Vera Karam de Chueiri, pela sua atenta participação;

ao professor Leonel Severo Rocha, pela orientação e estímulo concedidos  
durante todo o período do Mestrado;

ao professor Raffaele De Giorgi, eterno Mestre.

## Mário Quintana

(Porém não para sempre, meu Deus...Não para sempre!)

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>01</b>
<b>SOMMARIO .....</b>	<b>02</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>03</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>A TEORIA DO DIREITO E A PERSPECTIVA DA</b> <b>TEORIA DA SOCIEDADE .....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>O SISTEMA SOCIAL DA SOCIEDADE .....</b>	<b>20</b>
2.1. A distinção sistema/ambiente como forma da observação da teoria da sociedade .....	22
2.2. Fechamento operacional dos sistemas .....	27
2.3. Complexidade estruturalmente organizada .....	32
2.4. A sociedade como sistema global da comunicação .....	39
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>FORMAS DA DIFERENCIAÇÃO E MEIOS DA COMUNICAÇÃO</b> <b>GENERALIZADOS SOBRE BASE SIMBÓLICA .....</b>	<b>47</b>
3.1. Formas da diferenciação .....	47
3.2. Diferenciação funcional .....	57
3.3. Meios da comunicação generalizados sobre base simbólica .....	63

## **CAPÍTULO IV**

O SISTEMA SOCIAL DO DIREITO.....	80
4.1. Diferenciação do direito .....	82
4.2. A auto-reprodução do direito .....	97
4.3. Função do direito .....	109
4.4. O direito como <i>medium</i> da comunicação.....	118
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>130</b>

## RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar de um modo sistemático, mas conciso e acessível, o aparato conceitual que está à base da Teoria della Società, tal como foi elaborada por Niklas LUHMANN e Raffaele DE GIORGI. A nossa reconstrução objetiva determinar os pressupostos teóricos necessários para uma análise funcional e estrutural do direito positivo da sociedade moderna. Diante da incerteza do panorama constituído pelas teorias e sociologias do direito, da complexidade da análise sistêmica do direito e do conhecimento, nem sempre adequado, dos pressupostos epistemológicos da observação sociológica do direito, a dissertação aqui apresentada pretende contribuir com uma tentativa de análise clara e precisa, indicando o espaço dentro do qual são produzidos os conceitos necessários para a observação do direito. A reconstrução da teoria da sociedade, na sua matriz sistêmica, nos permite determinar o conceito de sociedade como sistema, descrever as formas da diferenciação social e precisar a função dos meios da comunicação simbolicamente generalizados. Por fim, este instrumental teórico possibilita-nos descrever a estrutura e a função do direito positivo como improvável aquisição evolutiva da sociedade moderna.



## SOMMARIO

Il lavoro intende presentare in modo sistematico, ma conciso e accessibile, l'apparato concettuale che sta alla base della *Teoria della Società* così come è stata elaborata da Niklas LUHMANN e Raffaele DE GIORGI. La ricostruzione è finalizzata a determinare i presupposti teorici necessari per una analisi funzionale e strutturale del diritto positivo della società moderna. Di fronte alla incertezza del panorama delle teorie e sociologie del diritto, di fronte alla complessità dell'analisi sistemica del diritto e alla conoscenza non sempre adeguata dei presupposti epistemologici dell'osservazione sociologica del diritto, il lavoro svolto con questa dissertazione pretende di fornire un contributo di chiarezza e di precisazione e pretende di indicare lo spazio entro il quale si producono necessari per l'osservazione del diritto. La ricostruzione della teoria della società nella sua matrice sistemica ci permette di determinare il concetto di società come sistema, di analizzare le forme della differenziazione sociale e di precisare la funzione dei *media* della comunicazione simbolicamente generalizzati. Da ultimo, questi strumenti teorici ci permettono di descrivere la struttura e la funzione del diritto positivo come improbabile acquisizione evolutiva della società moderna.

## INTRODUÇÃO

**Este é o maior mandamento de toda ciência: não aceitar restrições na capacidade de aprender. Nem mesmo se estas restrições têm a forma de verdades.**

**Niklas Luhmann**

As grandes matrizes epistemológicas do pensamento jurídico que conhecemos<sup>1</sup>, centradas nas perspectivas sintática, semântica ou pragmática de análise do fenômeno jurídico, não conseguiram fornecer respostas satisfatórias aos problemas que parecem constituir o cerne da reflexão sobre o direito. Qual é a função social do direito? Em que consiste a especificidade da normatividade jurídica? Como o direito se relaciona com a moral, e com as demais esferas da ação social?

A busca de respostas plausíveis a estas questões recorrentes constitui o ponto de partida do presente trabalho. Tal postura justifica a nossa opção pela *Teoria della società*<sup>2</sup> elaborada por Niklas LUHMANN e Raffaele DE GIORGI, como marco teórico que nos permite (re)pensar o direito como sistema da sociedade.

A teoria da sociedade, na sua matriz sistêmica, procura trabalhar com uma pluralidade de perspectivas auto-referenciais, reunindo-as em um contexto teórico coerente. Trata-se de uma abordagem interdisciplinar, na qual são

---

11 Nos referimos à denominação proposta por ROCHA, L. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: Teoria do direito e do estado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. pp.65-80. O autor "aglutina as principais teorias jurídicas contemporâneas, segundo o campo de racionalidade no qual se inserem", utilizando para tanto a divisão semiótica de CARNAP nos níveis da sintaxe (filosofia analítica), da semântica (hermenêutica) e da pragmática (teoria sistêmica).

2 LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società. Milão: FrancoAngeli, 1992.

abordadas questões atinentes à teoria dos sistemas, à teoria da evolução e à teoria da comunicação<sup>3</sup>.

O instrumental teórico necessário para esta tarefa é complexo, e o percurso da argumentação não é linear, mas labiríntico.

Nosso objetivo é reconstruir este percurso teórico com vistas a alcançar uma conceitualidade capaz de permitir a descrição do sistema social do direito. Para tanto, objeto privilegiado de nosso estudo será a obra Teoria della società, de LUHMANN e DE GIORGI. Dada à amplitude e complexidade do tema, este estudo será complementado através da consulta a outras obras de matriz sistêmica, com especial relevo às pesquisas desenvolvidas por LUHMANN na análise do sistema jurídico.

De início, no breve capítulo introdutório, haveremos de contextualizar esta perspectiva teórica no panorama da ciência jurídica, a fim de demonstrar as limitações das descrições realizadas até agora pela tradição do pensamento jurídico. Veremos que a observação sociológica possibilita-nos tematizar, de maneira diversa, as questões que indicamos no começo desta introdução, permitindo-nos encontrar soluções substancialmente diferentes.

No capítulo II, procederemos à determinação do conceito de sociedade, como sistema global da comunicação. Partiremos da teoria geral dos sistemas auto-referentes para chegarmos à delimitação do conceito de sistemas sociais, constituídos em base às comunicações. Trata-se de um problema crucial, já que, tanto a sociedade, quanto o direito, constituem sistemas sociais.

No capítulo III, continuaremos nossa análise da Teoria della società, focalizando o problema das formas da diferenciação social. Veremos que a primazia de uma determinada forma da diferenciação determina o potencial dos

---

3 Segundo LUHMANN, N. Systems theory, evolutionary theory, and communication theory. In: The differentiation of society.

Tradução por Stephen Holmes e Charles Larmore. Nova Iorque: Columbia University Press, 1982. pp. 255-270.

sistemas de lidar com a crescente complexidade do mundo. Tratar-se-á de uma análise dinâmica, visto que o predomínio de uma forma modifica-se com a evolução social. Abordaremos, ainda, o problema da improbabilidade da comunicação, e como se diferenciam específicos meios para superar tal improbabilidade. Privilegiaremos a estrutura e a função dos meios da comunicação generalizados sobre base simbólica, que especializam-se em tornar "expectável" a aceitação de uma comunicação como pressuposto do comportamento posterior.

Por fim, no capítulo IV, procuraremos utilizar todo este aparato teórico para descrevermos o sistema social do direito. Veremos como o direito positivo se diferencia segundo a orientação a uma função, no interior do sistema social da sociedade moderna. Relacionaremos a evolução da sociedade à evolução do direito, pois somente assim é possível compreendermos a amplitude desta improvável aquisição evolutiva constituída pelo direito positivo. Por fim, através da descrição de como se realiza a auto-reprodução do direito, que possui a forma de programa condicional, e que opera segundo uma específica codificação binária, abordaremos o problema do direito como meio da comunicação simbolicamente generalizado.

O método que utilizamos no trabalho foi o indutivo. Partimos de premissas contidas na teoria sistêmica, especialmente aquelas contidas na Teoria della società, para alcançarmos um novo modelo teórico capaz de proporcionar uma arquitetura conceitual que nos permita observar o direito de um modo completamente diverso.

Finalmente, gostaríamos de salientar que são inúmeras as dificuldades que marcaram a realização de nossa pesquisa. Basicamente, elas dizem respeito ao fato de que se trata de um contexto teórico de todo novo e surpreendente, que modifica profundamente todas as concepções sobre o

direito sedimentadas por séculos de reflexão jurídica. O fascínio da teoria reside na precisão de seu aparato analítico, capaz de ir ao encontro de uma realidade social por demais complexa, e na sua imensa capacidade de aprender, já que tem como única pretensão aquela de produzir verdades contingentes (não-necessárias).

## CAPÍTULO I

### A TEORIA DO DIREITO E A PERSPECTIVA DA TEORIA DA SOCIEDADE

Como fundamento da pesquisa aqui apresentada, existe uma questão para a qual, até agora, não foi encontrada uma solução satisfatória na ciência jurídica. Trata-se da problemática acerca da possibilidade da descrição do direito moderno como aquisição evolutiva da sociedade moderna; em outros termos, da possibilidade de consideração do direito moderno como improvável resultado de si mesmo e, ao mesmo tempo, como pressuposto da modernidade da sociedade moderna e resultado da diferenciação desta.

O direito é pressuposto da sociedade moderna por que o processo de positivação do direito permite regular juridicamente âmbitos do agir social que antes eram excluídos; tal processo permite adequar a complexidade do direito à crescente complexidade de uma sociedade que se diferencia em um modo diverso daquele estratificatório, presente nas sociedades medievais. Por último, a positivação do direito amplia a autonomia da política em relação à religião, contribuindo à estabilização da moderna organização da política, qual seja, o Estado<sup>1</sup>.

Porém, o direito é, ao mesmo tempo, resultado da específica diferenciação que caracteriza a sociedade moderna, por que apenas nesta sociedade realizam-se as condições estruturais para uma autonomização das organizações estatais em relação àquelas religiosas e de castas; por que somente nesta sociedade realizam-se os pressupostos da ação social racional, orientada aos fins e, portanto, passível de regulamentação jurídica generalizada

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, consultar LUHMANN, N. The state of the political system. In: Essays on self-reference. New York: Columbia University Press, 1990. pp.165-174.

e abstrata.

Todavia, é mister ressaltarmos que, no marco teórico sistêmico por nós adotado, estas considerações pretendem indicar o fato de que o direito é resultado de si mesmo; isto significa que o direito é sempre produzido por outro direito, conectando-se sempre a outro direito.

A questão nos parece de grande relevância. O direito moderno apresenta características que aparecem nos diversos sistemas jurídicos, e, ao mesmo tempo, entre tais sistemas é possível observar consideráveis diferenças evolutivas. Ao universalismo de determinadas diferenças, em particular aquela entre economia e direito, corresponde, por exemplo, o particularismo de certos acoplamentos<sup>2</sup>, como aquele entre direito e política, ou entre direito e moral. Ainda no interior de tais ordenamentos é possível encontrarmos diferenças evolutivas entre setores do direito. Particularmente, a questão que colocamos interessa a ordenamentos jurídicos de sociedades que, mesmo apresentando formas da diferenciação altamente evoluídas, demonstram, no seu interior, a existência de consideráveis obstáculos ao pleno desenvolvimento da diferenciação funcional<sup>3</sup>.

Nestas sociedades, é possível constatar como as relações entre direito, política, economia e outras esferas funcionais, estão estruturadas de modo que os códigos de funcionamento destes âmbitos da experiência social apresentam características particulares. Veremos, especialmente no capítulo IV,

---

<sup>2</sup> Esta é a tradução literal do termo *accoppiamento [strutturale]* utilizado na teoria da sociedade de LUHMANN e DE GIORGI, que será objeto de análise nos capítulos sucessivos. Optamos pela tradução fiel dos termos empregados na teoria, mesmo que não existam correspondentes na língua portuguesa.

<sup>3</sup> Marcelo NEVES definiu tais sociedades como "periferias da modernidade", indicando o Brasil como uma destas periferias. Conforme NEVES, M. Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasilien. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. O conhecimento da temática da obra deveu-se a uma conferência proferida pelo autor no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, no ano de 1993.

que os códigos são dispositivos que permitem aos sistemas sociais singulares produzirem sua autonomia através de cada operação que realizam. Estes códigos se excluem reciprocamente, no sentido de que a utilização de um deles exclui a possibilidade da utilização contemporânea dos demais.

Contrariamente, nas sociedades que acabamos de mencionar, verifica-se esta interferência de um código com relação a outro. É o caso, por exemplo, em que é possível obtermos justiça através do dinheiro. As teorias tradicionais referem-se à corrupção de pessoas, enquanto que a teoria da sociedade<sup>4</sup> refere-se à corrupção dos códigos. Como consequência disto, de uma parte se registram fortes pressões evolutivas, e de outra parte é possível registrarmos consideráveis tendências inerciais que freiam os processos evolutivos. É possível observarmos, ainda, nestas sociedades, o fato de que se estabilizam redes de relações que atravessam os diversos sistemas sociais, "corrompem" os códigos, e se "carregam" de uma força normativa mais eficaz do que o direito<sup>5</sup>.

Buscamos uma resposta plausível à questão que colocamos justifica, então, procurarmos modalidades de observação do direito que tornem acessíveis tanto a modernidade do direito moderno, como as diferenças evolutivas que caracterizam determinados ordenamentos jurídicos. Justifica, também, buscarmos uma matriz teórica capaz de descrever o direito como sistema particular de absorção das incertezas e não, como se pensava, como estrutura das certezas. Justifica, ainda, descrevermos o direito considerando sua função como vínculo do futuro.

---

<sup>4</sup> Sempre que fizermos menção à teoria da sociedade, queremos indicar aquela elaborada por LUHMANN e DE GIORGI.

<sup>5</sup> Trata-se de uma questão que não será enfrentada diretamente neste trabalho, pois precisamos, primeiramente, dispor de um instrumental teórico que nos possibilite descrever a estrutura e a função do direito, para posteriores pesquisas sobre a forma da diferenciação do direito nestas sociedades "periféricas".



O conhecimento sobre o direito de que dispomos não apenas não fornece soluções para estes problemas, como é constituído em base a pressuposições que impedem a problematização das questões que mencionamos. Por exemplo, impede-nos de perguntar se a função do direito no Brasil é a mesma nas metrópoles e nas favelas, e, eventualmente, quais sejam as diferenças porventura existentes; ou mesmo, se a função do direito é distinta da função do dinheiro, ou da arte, ou do amor.

Que o direito seja qualquer coisa de diverso, é um fato banalmente verdadeiro. O problema consiste em descrever como se realiza comunicação através do direito, visto que é improvável, como veremos no capítulo IV, que uma pessoa faça algo que não gostaria de fazer; assim como é improvável que uma pessoa aceite como verdade uma afirmação produzida por outra.

As disciplinas fundamentais da ciência jurídica<sup>6</sup> não conseguem fornecer tais respostas. Estas observam o direito a partir de outras perspectivas, as quais refletem apenas o modo no qual o direito observa a si mesmo. Elas representam pontos de vista da reflexão<sup>7</sup>, não sendo capazes de observar a sua observação do direito<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> As considerações que seguem, referentes à divisão das disciplinas tradicionais que compõem a ciência do direito, são amplamente analisadas por DE GIORGI, R. Materiali per una teoria sociologica del diritto. Bologna: Facoltà di Giurisprudenza, 1981. pp.23-50.

<sup>7</sup> Sobre o problema da reflexão, como um tipo de auto-referência que utiliza a específica distinção entre sistema e ambiente, consultar LUHMANN, N. Autoriferimento e razionalità. In: Sistemi sociali. Tradução por Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Bologna: Il Mulino, 1990. pp.673-675.

<sup>8</sup> O aspecto fundamental deste capítulo introdutório consiste em demonstrar os limites da auto-reflexão do sistema jurídico, de modo a justificar a assunção de um nível de observação superior (observação de observações, observar como o direito observa a si mesmo), que é o da teoria da sociedade de LUHMANN e DE GIORGI. Sobre o problema específico da auto-reflexão do sistema jurídico, LUHMANN, N. L'autoriflessione del sistema giuridico: la teoria del diritto nella prospettiva della teoria della società. In: La differenziazione del diritto. Tradução por Raffaele De Giorgi e Michele Sibernagl. Bologna: Il Mulino, 1990. pp.363-397.

Para a teoria da sociedade, a reflexão é produto da auto-observação dos sistemas, que desenvolvem uma teoria sobre si mesmos. Tal modalidade da auto-referência exige uma concentração dos processos de elaboração das informações sobre determinados problemas centrais, mediante os quais o sistema se identifica. Trata-se, então, de uma teoria do sistema no sistema<sup>9</sup>.

Observar significa praticar uma distinção<sup>10</sup>. Quando uma teoria afirma: "o direito é...", ela pratica a distinção entre direito e sociedade, que constitui, por assim dizer, a distinção diretriz da observação. A teoria se ocupa de uma parte da distinção, deixando indeterminada a outra parte, tratando, assim, o seu objeto como se existisse independentemente da distinção da qual é, ao invés disso, apenas uma parte. Esta pressuposição permite, por sua vez, considerarmos o objeto como aquilo a que a teoria se aplica. É assim que se pretende conhecer cientificamente o objeto em base à teoria. Isto significa que a teoria não pode observar a unidade da distinção da qual o direito constitui apenas uma parte. Visto que não pode fazer isto, a teoria do direito, qualquer teoria do direito, não pode fornecer respostas às questões que acabamos de colocar. Se estas considerações são factíveis, é necessário refletirmos sobre suas implicações.

As teorias do direito, como pontos de vista da observação interna, consideram-no como um objeto do conhecimento, construindo-o como ordenamento do comportamento humano, como sistema de normas que possuem características especiais que as distinguem de outros sistemas normativos, ou mesmo como um simples agregado lingüístico, objeto de interpretação e capaz de ser representado através dos esquemas fornecidos pela lógica clássica ou por qualquer lógica especificamente jurídica. Tais

---

<sup>9</sup> Segundo LUHMANN, N. L'autoriflessione del sistema giuridico. pp.365-368.

<sup>10</sup> Este é o conceito utilizado por LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.340.

teorias consideram a função do direito como tutela de determinados interesses e criticam a seletividade dos interesses por ele garantidos; consideram fundamental para o ordenamento jurídico o problema da validade, e buscam descrever o problema da normatividade com referência exclusiva a este aspecto; tratam o direito como dever ser e assumem a distinção diretriz entre ser e dever ser, a qual conduz a distinções ulteriores, como àquela entre norma e fato, ou entre fato e valor. Trata-se de modalidades da reflexão através das quais o direito esconde de si mesmo os paradoxos do seu operar, que impediriam o seu funcionamento se fossem visíveis. Façamos alguns exemplos: o direito é construído e opera em base a princípios fundamentais. Estes princípios, na realidade, são diferenças, e cada vez que são utilizados, através das operações de decisão, produzem novas diferenças. Pensemos no princípio de que todos são iguais perante a lei. Porém, necessitaríamos complementar: todos aqueles a quem a lei trata como iguais. Isto significa que no direito existe igualdade por que existe desigualdade<sup>11</sup>. Cada vez que o princípio é aplicado, reproduz a diferença<sup>12</sup>.

Outra questão que devemos enfrentar refere-se ao problema do âmbito da normatividade do direito: o direito existe, assim como as normas existem. Mas as normas constituem o dever ser. Podemos, então, afirmar que o dever ser existe? Na perspectiva da teoria da sociedade ocorre uma profunda modificação no que tange à separação tradicional entre os âmbitos do ser e do dever ser, da faticidade e da normatividade. Procuraremos responder a tal

---

<sup>11</sup> Esta é a análise realizada por DE GIORGI, R. *Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità*. In: Disuguaglianze ed equità. Bari: Laterza, 1993. p.359-378.

<sup>12</sup> Esta é uma concepção de base da Teoria della società de LUHMANN e DE GIORGI, que retomaremos no capítulo seguinte, que trata do sistema social da sociedade, quando abordaremos o conceito de **forma**, que nos permite observar a constituição paradoxal da sociedade e, pois, do direito e da teoria.

indagação no capítulo sobre o sistema social do direito, ao analisarmos a concepção luhmanniana da estrutura e função do direito.

No marco teórico por nós adotado, o direito, no seu operar, observa a si mesmo como norma, como valor, como dever ser, e, desta forma, oculta a si mesmo os próprios paradoxos, ao mesmo tempo em que os utiliza de modo criativo. A introdução, no sistema jurídico, da diferença entre decisões programantes (legislação) e decisões programadas (adjudicação)<sup>13</sup> constitui-se numa estratégia de desparadoxização do sistema, que propicia a operatividade do mesmo, mediante a utilização criativa do paradoxo constituinte do sistema.

É nosso objetivo, neste momento, justificar a nossa opção pela teoria da sociedade, tendo em vista que as teorias jurídicas se mostram como pontos de vista parciais da auto-observação. Elas postulam a sua diferença em relação ao seu objeto e depois reconstróem o objeto de modo a respeitar os critérios de cientificidade fixados pela respectiva teoria. Este processo de separação e reunificação, através do qual o direito aparece como o direito da teoria, e a teoria aparece como teoria do direito, sobre a base da distinção diretriz entre direito e sociedade, caracteriza qualquer teoria do direito.

Entre as diversas orientações teóricas existem, evidentemente, diferenças. Nexte contexto, utilizamos a expressão "teoria" sem ulteriores especificações, na maneira como ela é utilizada por LUHMANN<sup>14</sup>, por que nos referimos às teorias como teorias da reflexão, ou seja, como esquemas através dos quais o direito descreve a si mesmo. Na perspectiva da teoria dos sistemas, a um nível superior de observação, as diferenças entre as teorias aparecem como ligadas à parcialidade ou à limitação da forma da observação que é utilizada. Assim,

---

<sup>13</sup> Abordaremos esta "divisão de trabalho" quando tratarmos do sistema do direito, no capítulo IV.

<sup>14</sup> LUHMANN, N. El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho. Anales de la Cátedra F. Suárez, n.25, p.87-103, 1985.

por exemplo, as análises de tipo lingüístico limitam a auto-descrição ao texto; aquelas de tipo semântico limitam a auto-descrição ao significado; aquelas de tipo pragmático, ao uso. O caráter limitado destas descrições torna-se manifesto quando consideramos a síntese que se realiza na comunicação<sup>15</sup>; porém, para tanto é necessário observar o direito a um nível superior, no qual os elementos que compõem o sistema não são apenas normas escritas, ou simples significados impessoais, ou somente uso, mas sim, operações de comunicação.

Por volta do início da década de 70, desenvolveu-se na Europa um amplo debate sobre as chamadas disciplinas fundamentais da ciência jurídica<sup>16</sup>. Fixou-se um catálogo de disciplinas que deveriam corresponder a uma artificiosa autonomia do direito. Praticou-se, fundamentalmente, um tipo de divisão racional do trabalho referente ao direito, com interesses específicos atribuídos à teoria, à filosofia e à sociologia do direito.

O direito, como sistema de normas, era objeto da teoria. Esta, por sua vez, encontrava sustentação numa teoria da ciência. Em linhas gerais, eram as seguintes as idéias propugnadas, e que encontram ressonância até os dias atuais: a teoria do direito ocupa-se dos problemas relacionados ao conhecimento de direito, sendo, portanto, análise da linguagem jurídica, lógica, hermenêutica, teoria da interpretação..., segundo orientações e ramificações que tendem a autonomizar-se e a afirmar a prioridade exclusiva de um tipo de pesquisa sobre as demais. Trata-se de um conjunto de indicações úteis para as operações do direito, de instrumentos que facilitam as decisões jurídicas, de repertórios de métodos úteis à disposição ordenada do material jurídico. Se aceitamos a hipótese de que o direito é resultado de decisões, não é possível visualizarmos como é possível haver conhecimento de uma decisão no sentido

---

<sup>15</sup> Sobre o tema, consultar o capítulo III deste trabalho.

<sup>16</sup> Segundo DE GIORGI, R. Scienza dei diritto e legittimazione. Bari: De Donato, 1979. p.203.

no qual se utiliza este termo, quando se fala de teoria do conhecimento. É possível pensarmos em complexos instrumentos conceituais que permitem ordenar o material jurídico segundo pontos de vista pré-determinados. Temos, assim, delineado o campo de atuação da dogmática jurídica.

Como sistema normativo, o direito é esquema de valoração da realidade; ele atribui valores, seleções sobre a base de valores sendo, em substância, um catálogo de valores. Como se diz, não descreve, mas prescreve, em virtude de uma referência aos valores. A tarefa de fornecer fundamento aos valores, de encontrar o valor do valor, é trabalho atribuído à filosofia do direito. Aqui também torna-se difícil compreendermos como é possível uma filosofia do direito positivo. E, de fato, ou se trata da velha ontologia, da velha metafísica do direito, as quais encontravam suas condições de possibilidade nos fundamentos do direito natural, e mais tarde na diferença entre direito natural e direito positivo, ou então não vemos como é possível uma filosofia do direito positivo, se não no sentido do positivismo do início do século passado.

Provavelmente diferente é a hipótese na qual se considera como tema da filosofia do direito a normatividade do direito; neste caso, porém, não nos referimos ao valor do valor, mas sim ao problema referente a seguinte situação: como acontece que alguns sujeitos se comportam de forma diversa de como se comportariam se não existisse o direito? Em outros termos, como ocorre que, aquilo que seria improvável que fosse aceito, torne-se objeto de expectativas, pelo que a negação requer uma motivação? Deste problema ocupar-nos-emos quando abordarmos o problema dos meios da comunicação simbolicamente generalizados, e veremos que não se trata tanto de encontrar uma fundação filosófica do problema, que não é exclusivo do direito, mas se trata, sim, de descrever como tudo isto ocorre na comunicação social, e de descrever como o direito se diferencia da verdade, da arte ou do amor, dado que também estes

dispositivos funcionam como o direito, mesmo que não tenham o que fazer com o direito, por que não são válidos, não são resultado de decisões, e deles não se pode dizer se são justos ou injustos. Trata-se de problemas que, ao menos a partir de PARSONS<sup>17</sup>, são objeto de estudo da teoria dos meios da comunicação e, conseqüentemente, da teoria da sociedade.

Por fim, já que o direito é, como se costuma dizer, um fenômeno social, a sociologia do direito tem a tarefa de descrever os modos segundo os quais o direito se produz na sociedade, ou, então, de descrever as transformações que se produzem na sociedade devido ao direito. Segundo uma fórmula que é própria da tradição, afirma-se que a sociologia do direito se ocupa da eficácia das normas. Ora, é sem dúvida verdadeiro que as normas são produzidas com a intenção de que sejam seguidas. De outra parte, porém, é também verdadeiro que a conformidade do comportamento não explica a eficácia da norma que o prevê; ao menos, não sempre e, então, não necessariamente. O comportamento conforme é o resultado de complexos processos de seleção e de imputação, e não pode ser explicado em virtude da mera referência à norma. Estas considerações induzem-nos a pensar que a sociologia do direito possa assumir outras tarefas mais coerentes com a sua função, e menos distantes da realidade do direito.

O que causa certo estupor, ao considerarmos este amplo debate dos anos 70, é o fato de que a ocultação dos paradoxos em base aos quais o direito opera venha, por sua vez, escondida por um pensamento linear do tipo sujeito/objeto, causa/efeito, o qual, se teve algum significado na invenção de determinadas semânticas, não obteve nenhuma capacidade explicativa, e tampouco dispôs de qualquer potencial de conhecimento da realidade do

---

<sup>17</sup> Apud LUHMANN, N. Coerzione giuridica e potere politico. In: La differenziazione del diritto, p.162-163.

direito.

A ciência jurídica tradicional, com todas as suas articulações disciplinares, não responde à questão por nós colocada no início deste capítulo. Ela representa a auto-reflexão do direito sobre si mesmo, mas não é capaz de descrever o sistema do direito, a sua função, a sua estrutura. Em outros termos, ela não pode descrever a si mesma como um modo da auto-observação do direito.

Para cumprir tal operação é necessário assumirmos um nível de observação de ordem superior, que é aquele fornecido pela teoria da sociedade de LUHMANN e DE GIORGI. É mister realizarmos outras distinções que não aquelas operadas pela ciência, e pelas disciplinas nas quais ela se organiza. O problema não consiste em elaborar uma teoria diversa, capaz de desacreditar as demais, mas sim assumir um nível de observação que seja capaz de descrever o direito como aquisição evolutiva da sociedade moderna, capaz de descrever por que o direito reflete segundo determinadas modalidades. É possível observarmos as diversas modalidades de reflexão do direito, que variam segundo a forma da diferenciação social preponderante. Neste contexto, podemos relacionar as teorias jusnaturalistas com a forma da estratificação social, que desenvolve semânticas que tendem a distribuições hierárquicas. Ou, ainda, podemos compreender por que nas sociedades segmentárias não existe uma reflexão específica do direito, pois que todo subsistema encontra no seu ambiente a própria identidade como aquilo que é igual.

Neste nível, é possível descobrirmos os paradoxos que o direito, no seu operar, esconde de si mesmo, bem como qual é a função das teorias e das operações que eles tornam possíveis. Podemos ver por que o direito se concebe através da distinção entre ser e dever ser, e como se diferencia, na sociedade, uma normatividade de tipo especificamente jurídico; como se



constitui o valor do valor, qual é a sua estrutura, a sua função, a diferença em relação a outros dispositivos da comunicação social. Neste nível superior de observação é possível ver como se constitui a diferença entre sujeito e objeto e, ao mesmo tempo, como se constitui o pensamento milenar no âmbito de uma semântica da razão moderna que torna-se precária e incerta quando deve se ocupar do futuro e da contingência do agir.

A reflexão dos sistemas parciais precisa ser guiada por uma teoria da sociedade<sup>18</sup>, a qual possibilita a descrição do direito como sistema parcial da sociedade moderna. Esta teoria utiliza uma lógica particular que permite a colocação da questão da unidade das distinções e, então, permite a descrição das formas da diferenciação social. Uma tal teoria contém, no seu interior, uma teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, que permite a descrição do sistema do direito como uma aquisição evolutiva da sociedade moderna. Ela, portanto, satisfaz as condições que colocamos quando formulamos a nossa questão fundamental. Uma tal teoria é suficientemente complexa para descrever a complexidade da sociedade moderna por que é autológica<sup>19</sup>, isto é, considera a si mesma como parte do seu objeto. Ela, portanto, dispõe dos requisitos necessários para tornar-se, ela mesma, objeto da evolução. Por fim, esta teoria é teoria dos sistemas auto-referentes, sendo, por isso, capaz de descrever não apenas as modalidades evolutivas do fechamento dos sistemas, mas também a forma das suas reflexões. Ela, então, pode observar as modalidades de constituição das teorias através das quais estes sistemas refletem os seus fechamentos.

Face a estes motivos pensamos que, a fim de tratar coerentemente a nossa questão, é necessário reconstruirmos a inteira arquitetura conceitual da

---

<sup>18</sup> Segundo LUHMANN, N. L'autoriflessione del sistema giuridico. p.388.

<sup>19</sup> Este termo é utilizado por LUHMANN e DE GIORGI, Teoria della società, p.396.

teoria da sociedade, evidenciando as conexões, as implicações, a universalidade das pretensões desta construção teórica. Apenas após um longo percurso será possível enfrentarmos o problema do direito, a sua função, a sua diferenciação, a sua estrutura, a sua base simbólica. Apenas assim será possível entendermos por que, no lugar da distinção direito/sociedade, assume-se a diferença sistema/ambiente, a qual permite observar o direito como direito da sociedade.

Diante da complexidade e da novidade da obra acima delineada, podemos apenas cumprir o esforço de reconstruir um percurso argumentativo que, em um modo simplificado, mas analiticamente preciso e possivelmente completo, nos permita descrever a estrutura e a função do direito moderno. Tal descrição teve que recolher um material de grandes proporções e de particular complexidade.

Nosso objetivo será alcançado se formos capazes de tornar acessível um aparato conceitual que pode ser particularmente útil para trabalhos futuros. Pensamos em trabalhos que descrevam a estrutura do sistema jurídico no Brasil, onde as condições da diferenciação da sociedade apresentam características particulares que podem ser descritas apenas sobre a base de uma teoria da sociedade que permita tematizar os problemas específicos de uma complexa periferia da modernidade.

## CAPÍTULO II

### O SISTEMA SOCIAL DA SOCIEDADE

Nos primórdios da idade moderna, a tradição iluminista européia descreveu a sociedade partindo do pressuposto de que a razão era uma propriedade intrínseca dos homens. Estes, exatamente por isto, ocupavam um lugar privilegiado no universo, e constituíam a sociedade. De tal pensamento, surgiram inúmeras conseqüências. Pensava-se que a razão regulasse as ações, que podiam ser orientadas a fins justos. Acreditava-se que a razão pudesse distinguir entre bem e mal, justo e injusto, racional e irracional, transcendente e imanente. Em particular, pensava-se que o direito se originasse da razão e que, portanto, através do direito, era possível a realização de condições justas da sociedade, ou, de qualquer forma, superiores às existentes.

Esta idéia de razão e as conseqüências que dela derivam, forneciam apoio à concepção de que somente a razão pudesse se observar; que somente a razão fosse reflexiva, que somente ela pudesse se auto-implicar, no sentido de que apenas a razão fosse racional.

As descrições da sociedade, assim como as teorias do conhecimento e as teorias da ciência, que constituíam seu fundamento, exprimiam aquele convencimento: a razão está à frente do tempo e se auto-implica; a razão é racional. De outra parte, existia o objeto, a natureza, a sociedade. O pensamento era linear, ou seja, movia-se do sujeito ao objeto.

A teoria da sociedade considera exaurida a função exercida por este projeto de razão; considera já consumado o patrimônio de idéias que se sedimentou em torno daquela imagem. Esta teoria parte da premissa de que a produção de teoria seja produção de sociedade e que, portanto, a teoria seja

parte do objeto do qual se ocupa; esta é a idéia da auto-implicação da teoria<sup>1</sup>, que mencionamos no capítulo anterior, quando falamos da reflexão como modalidade da auto-observação dos sistemas.

A observação científica, tal como é tratada por LUHMANN e DE GIORGI, é a realizada segundo os critérios organizados pelo sistema da ciência para a (auto)descrição da sociedade, e se manifesta, portanto, como auto-prestação da sociedade, que descreve a si mesma. A auto-descrição procura fixar o que se comunica quando na sociedade se comunica sobre a sociedade. A teoria da sociedade oferece uma descrição da sociedade **na** sociedade.

Se estas considerações são plausíveis, isto significa que a teoria não pode fazer nenhuma afirmação sobre o seu objeto que não esteja disposta a tolerar como enunciado sobre si mesma. Em outras palavras: a pesquisa sobre o sistema da sociedade constitui também um sistema, e está portanto, sujeito à evolução.

As teorias epistemológicas tradicionais consideravam esta espécie de raciocínio circular (ou seja, o fato da teoria estar contida no seu objeto) como indício de arbitrariedade, como ideologia. Como fica o postulado da avaloratividade da ciência, no sentido da necessária distância mantida pelo pesquisador em relação ao objeto, a fim de garantir a objetividade dos resultados obtidos? Podemos responder, com LUHMANN, a essa crítica, afirmando que *"a sua limitação, que assim justifica o título de teoria, reside nesta não arbitrariedade de conceder-se à auto-referência"*<sup>2</sup>. Trata-se de uma teoria

---

<sup>1</sup> Sobre esta concepção da auto-implicação da teoria, que intenta a superação dos modelos epistemológicos tradicionais, como o empirismo e o idealismo, ambos centrados na relação linear entre sujeito e objeto do conhecimento, consultar LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*, pp.9-16 e 396-400, bem como LUHMANN, N. *Conseguenze per la teoria della conoscenza*. In: *Sistemi sociali*, p.727-743.

<sup>22</sup> Segundo Niklas LUHMANN, *Sistemi sociali*, p.60. Cumpre mencionarmos que todas as citações incluídas no presente trabalho foram objeto de nossa livre tradução.

com pretensão de universalidade, no sentido de que leva em consideração todo social (e apenas o que é social) e não apenas fragmentos dele. No âmbito das teorias universalísticas, a pesquisa dedicada a um objeto específico implica em pesquisa sobre si mesma.

Esta concepção desorganiza todos os pressupostos do pensamento clássico da sociedade moderna e, ao mesmo tempo, mostra a paradoxalidade das distinções mediante as quais aquele pensamento descrevia a sociedade: pensemos na diferença que contrapõe sociedade e direito; como é possível existir um direito fora da sociedade? Uma vez que tenha sido manifestada esta paradoxalidade, torna-se necessário individualizar novas distinções que possam ser utilizadas, assegurando o pressuposto da auto-implicação da teoria. É deste tema que passamos a nos ocupar.

## **2.1. A distinção sistema/ambiente como forma da observação da teoria da sociedade**

Parece pertencer à esfera do "common sense" o fato de que a teoria dos sistemas - e aqui estamos no nível da teoria geral dos sistemas autopoieticos<sup>3</sup> - tem como conceito-guia aquele de sistema. Podemos dizer que tal assertiva é parcialmente correta. LUHMANN e DE GIORGI baseiam sua teoria não sobre princípios apriorísticos fundamentais, mas sobre uma diferença-guia, que se decompõe em ulteriores distinções, possibilitando, assim, a aquisição de informações<sup>4</sup>. É a diferença entre sistema e ambiente que organiza toda a

---

<sup>3</sup> A análise da formação dos sistemas sociais pode se dar, segundo LUHMANN, em três níveis distintos. Dado o objeto do presente trabalho, importa-nos ressaltar a existência de uma teoria geral dos sistemas autopoieticos; num segundo plano, temos a teoria dos sistemas sociais, constituídos em base à comunicação; e, por último, distinguimos, como espécies de sistemas sociais as organizações, as interações e a sociedade. Esta diferenciação é indicada por LUHMANN na Introdução à obra *Sistemas sociais*, p.66. Abordaremos o conceito de *autopoiesis* a seguir.

<sup>4</sup> O conceito de informação é central para a concepção da comunicação como elemento que constitui os sistemas sociais.

observação e descrição da teoria. É fundamental determo-nos com mais vagar nesta premissa, pois dela surgem conseqüências de vastas dimensões para o âmbito de toda a construção teórica.

Na esteira da lógica de Spencer Brown<sup>5</sup>, LUHMANN e DE GIORGI observam que existem *formas* de distinções, limites que assinalam uma diferença e que constringem a determinar qual a parte da forma é indicada. Indicar e distinguir são operações simultâneas; por isso que cada parte da forma só pode ser a outra parte da outra parte. A forma se atualiza no tempo através da indicação de uma de suas partes; neste sentido, a forma é auto-referência desenvolvida no tempo<sup>6</sup>. Tomemos a diferença sistema/ambiente: são duas partes de uma forma, isto é, podem existir separadamente, porém sempre contemporaneamente. Para atravessar o limite que as separa é necessário tempo. A teoria da sociedade utiliza esta distinção como forma de suas observações.

A observação é um tipo específico de operação que utiliza uma distinção para indicar um lado ou o outro lado da própria distinção, isto é, toda a vez que um sistema opera mediante distinções, realiza observação<sup>7</sup>. Cada operação de observação utiliza uma específica distinção inicial, a qual permite a aquisição de informação sobre o que é observado; a partir dela, é possível proceder-se a ulteriores distinções. É evidente, então que a diferença inicial delimita o campo possível da observação.

---

Faremos breve aceno ao tema neste capítulo, e retomaremos este conceito com mais vagar no capítulo III, quando tratarmos dos meios da comunicação.

<sup>5</sup> Segundo George SPENCER BROWN, Laws of form. 2.ed. New York, 1972, *apud* LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p. 17-24.

<sup>6</sup> Segundo LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p. 17.

<sup>7</sup> Sobre os conceitos de observação e descrição, compreendidas a auto-observação e auto-descrição, consultar LUHMANN e DE GIORGI, Teoria della società, p. 340-400

Questão interessante, e que ocupa um lugar central na teoria da sociedade, é a que se refere ao paradoxo<sup>8</sup> da observação, que surge quando tentamos aplicar o esquema da observação a si mesmo. Em outras palavras: no âmbito do sistema jurídico, como podemos lícita ou ilicitamente diferenciar o lícito do ilícito? Ou, em se tratando do sistema da ciência, que opera mediante o código verdadeiro/falso, como é possível observarmos se esta distinção é verdadeira ou falsa ela mesma<sup>9</sup>? Nenhuma distinção pode ser aplicada a si mesma de forma unívoca, daí surgindo os paradoxos. Os sistemas elaboram técnicas de desparadoxização, a fim de evitar o bloqueio de suas operações. No decorrer deste trabalho, procuraremos apontar os diversos instrumentos utilizados com este propósito pelos sistemas sociais, em particular pelo sistema jurídico.

Voltemos ao problema inicialmente colocado, que é o "fio condutor" de nossa exposição: já que não existe sistema sem ambiente ( e vice-versa ), como se dá a relação entre eles? Tal questão deve ser enfrentada no âmbito concernente à mudança de base da teoria luhmanniana<sup>10</sup>, passando de uma concepção centrada na abertura do sistema, para a idéia, originada na pesquisa biológica de Maturana e Varela<sup>11</sup>, de *autopoiesis* sistêmica.

---

<sup>8</sup> Surgem paradoxos quando as condições de possibilidade de uma operação são, ao mesmo tempo, condições de sua impossibilidade. Não se trata de uma contradição em sentido lógico:  $A = \text{não } A$ . O paradoxo poderia ser expresso da seguinte forma: "A por causa do não A", onde as condições da afirmação são, ao mesmo tempo, condições da negação. Sobre o problema dos paradoxos, ver LUHMANN, N. Tautology and paradox in the self-description of modern society. In: Essays on self-reference, p. 123-143.

<sup>9</sup> A respeito dos sistemas funcionalmente diferenciados, e de sua operacionalidade mediante a codificação binária, consultar o capítulo III, no ponto referente à diferenciação funcional.

<sup>10</sup> Em relação às diferenças existentes entre as concepções do "primeiro" e do "segundo" Luhmann, consultar FEBBRAJO, A. Introduzione all'edizione italiana. Sistemi sociali, p.9-56.

<sup>11</sup> Sobre o tema, consultar MATURANA, H. e VARELA, F. Autopoiesis and cognition: the realization of the living. Dordrecht: Reidel, 1980, *apud* LUHMANN, N. The autopoiesis of the social systems. In: Essays on self-reference, p.17.

O termo *autopoiesis* foi originariamente utilizado como uma definição de vida, como uma tentativa de dar uma definição da organização dos organismos vivos. Um sistema autopoietico é caracterizado pela sua própria capacidade de produzir e reproduzir os elementos de que é composto. Os elementos são produzidos pelo sistema, no interior do sistema, e não por processos externos.

A teoria dos sistemas sociais adota este conceito. Isto não conduz à afirmação de que os sistemas sociais são sistemas vivos. Abstraindo de conotações biológicas, LUHMANN definiu a *autopoiesis* como uma forma geral de constituição dos sistemas através do fechamento operacional ( ou auto-referencial) destes<sup>12</sup>.

Isto significa que a nível da constituição de seus elementos o sistema opera exclusivamente em auto-contato, no sentido de que operações sucessivas são produzidas na rede de operações anteriores.

Existem princípios gerais de organização autopoietica que se materializam como **vida** (nos organismos vivos), mas também como **sentido**, e, neste último caso, devemos distinguir entre sistemas que utilizam a consciência (sistemas psíquicos) ou a comunicação (sistemas sociais) como meios de reprodução do sentido<sup>13</sup>.

A noção de *autopoiesis* diz respeito não apenas à organização estrutural<sup>14</sup> do sistema, mas à própria constituição de seus elementos, entendendo-se estes como componentes últimos que são, ao menos para o próprio sistema , indecomponíveis. O sistema é capaz de produzir os elementos dos quais se

---

<sup>12</sup> Seguimos, em linhas gerais, as colocações de LUHMANN que indicamos na nota anterior.

<sup>13</sup> Para um esclarecimento das diferentes perspectivas de observação das distintas formações sistêmicas, consultar LUHMANN, N. Introduzione: un cambiamento di paradigma nella teoria dei sistemi. In: *Sistemi sociali*, p.66-79.

<sup>14</sup> A análise do conceito e da função das estruturas será feita neste capítulo, quando abordarmos o problema da complexidade estruturada.



compõe, definindo desta maneira sua unidade - ou, em outras palavras, sua diferença em relação ao ambiente. Tudo aquilo que é utilizado como unidade pelo sistema é produzido por ele mesmo como unidade<sup>15</sup>.

O fechamento operacional<sup>16</sup> do sistema significa que a produção de novos elementos depende das operações precedentes do próprio sistema, e constitui o pressuposto para as operações seguintes. Isto quer dizer que o sistema é operativamente autônomo, mas não autárquico. Ele decide, soberanamente, sobre a constituição de identidades e de diferenças. Trata-se de determinar que tipo de operações possibilita a autopoiesis sistêmica. Esta repousa unicamente em informações produzidas pelo sistema, que é capaz de distinguir necessidades internas daquilo que é visto como problema ambiental.

A rede de operações autopoieticas do sistema, destinada a produzir e a reproduzir os elementos, processos e estruturas que compõem o próprio sistema, coloca a alternativa de uma escolha binária: ou o sistema se conserva, ou desaparece. Não há terceiras possibilidades.

Os sistemas sociais operam em modo auto-referencial. No âmbito da teoria da sociedade, referência significa uma operação que designa qualquer coisa no contexto de uma distinção de outra coisa<sup>17</sup>. Esta operação de referência torna-se observação no momento em que a distinção é utilizada para a aquisição de informação sobre aquilo que é designado.

A operação da auto-referência é realizada, então, quando a operação da referência resulta incluída naquilo que designa. Ou seja: ela designa qualquer

---

<sup>15</sup> Na perspectiva do sistema jurídico, consultar LUHMANN, N. The unity of the legal system. Autopoietic law: a new approach to law and society. New York: de Gruyter, 1987.

<sup>16</sup> Retomaremos este conceito mais adiante, a fim de delimitá-lo e extrair dele as consequências relevantes para o esclarecimento do conceito da sociedade como sistema autopoietico global da comunicação.

<sup>17</sup> Sobre o problema da (auto)referência, no sentido por nós utilizado, consultar LUHMANN, N. Sistemi sociali, p.671-725.

coisa da qual faz parte, com a qual se identifica.

Para a teoria aqui exposta, o "sujeito" do mundo transforma-se no sistema auto-referente. De acordo com o tipo de distinção utilizada na operação referencial, podem existir três modos de auto-referencialidade: auto-referência de base, reflexividade (processualidade) e reflexão.

No primeiro caso, é utilizada a distinção entre elemento e relação. O "auto" que se identifica é um elemento; no caso dos sistemas sociais, a comunicação.

Na segunda hipótese, é utilizada a **forma** primeiro/depois, através da qual o "auto" que se refere a si mesmo não é um fator da distinção, mas o processo constituído por tal distinção. Pensemos, por exemplo, no processo de comunicar sobre a comunicação.

Por último, através da reflexão, utilizando a distinção entre sistema e ambiente, realiza-se uma operação na qual o sistema designa a si mesmo como diferente do próprio ambiente.

As considerações expostas até agora permitem-nos afirmar que os sistemas formados mediante a auto-referência de base, que assim constituem sua unidade sistêmica - estamos a falar dos sistemas autopoieticos - são sempre sistemas fechados. É deste conceito e de suas conseqüências no âmbito da teoria que passamos a nos ocupar.

## **2.2. Fechamento operacional dos sistemas**

Este conceito não pretende designar sistemas que existem (quase) sem ambiente, sendo capazes de determinar (quase) totalmente a si mesmos.

Através deste conceito a teoria da sociedade quer indicar a autonomia do sistema em produzir como unidade tudo aquilo que emprega como unidade, utilizando recursivamente a unidade já constituída dentro do sistema, através da auto-referência de base.

Como podemos conceber este fenômeno, em se tratando de sistemas sociais, baseados sobre o sentido? Como compreender a noção de que o fechamento do sistema deve ser visto como a organização recursivamente fechada de um sistema aberto? Para responder a esta intrincada questão, voltemo-nos novamente à distinção entre sistema e ambiente. A unidade desta **forma** é fornecida pelo conceito de mundo, como horizonte total de toda a experiência dotada de sentido<sup>18</sup>. Torna-se, então, imprescindível o esclarecimento do significado do conceito de sentido.

Tradicionalmente, tem-se buscado definir o sentido mediante o recurso à intenção do sujeito. Nos moldes da teoria da sociedade, é pertinente a análise da função<sup>19</sup> do sentido.

Mediante o recurso à lógica das formas, temos como diferença constitutiva da **forma** sentido aquela entre atualização e potencialização<sup>20</sup>. Em todas as experiências dotadas de sentido, está presente uma distinção entre aquilo que é dado atualmente e outras coisas que são possíveis a partir do que é dado, inclusive a re-atualização do que é dado - eis a auto-referência inerente a cada intenção de sentido. Outra "presença constante" em toda experiência dotada de sentido é a universalização operada, pois cada sentido envia a possibilidades infinitas dentro do horizonte dado pelo mundo, incluídas todas as possibilidades

---

<sup>18</sup> Conforme BARALDI, C. Mondo. In: BARALDI, CORSI e ESPOSITO. Glossario dei termini della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann. Urbino: Montefeltro, 1989. p.118.

<sup>19</sup> A análise funcional, como metodologia, pode ser aplicada a todos os problemas, incluindo os referentes a paradoxos, circularidade..., objetivando mostrar como improváveis as conquistas evolutivas, bem como apontando para soluções funcionalmente equivalentes. Para a crítica do estrutural-funcionalismo parsoniano, e a adoção do funcional-estruturalismo, consultar LUHMANN, N. Método funcional y teoria de sistemas. In: Ilustración sociológica. Tradução por H.A.Murena. Buenos Aires: Editorial Sur, 1973. p.48-91.

<sup>20</sup> Sobre o problema do sentido consultar LUHMANN, Niklas. Meaning as sociology's basic concept. In: Essays on self-reference, p.21-79.

de negação. O conceito de horizonte, como forma de agregação das possibilidades simboliza, de um lado, o caráter infinito das alternativas que podem ser atualizadas; de outro lado, a inutilidade de pretender-se atualizar tal infinidade, visto não ser possível superar o horizonte.

Não existe experiência alguma "sem sentido". Todo o "non-sense" tem sentido. O problema de integrar a atualização da experiência com a transcendência de outras possibilidades é inevitável em toda a ação e experiência humanas<sup>21</sup>.

Esta situação de constituição de um mundo de potencialidades não atualizadas, repousa na capacidade humana de negação. Como, então, esta contribui para a constituição do sentido? E em quais atributos reside este seu primado funcional?

A especial capacidade da negação tem origem na sua específica combinação de reflexividade e generalização. No primeiro caso, temos que o processo pode ser aplicado sobre si mesmo, e esta possibilidade de "negar a negação" é indispensável em qualquer experiência de sentido. Isto significa que, apenas o tempo, e não a negação (que permanece irremediavelmente provisória), elimina possibilidades definitivamente.

A generalização designa o tratamento de uma pluralidade de referências como unidade. Somente assim é possível atualizar certas experiências dentro de uma multiplicidade de possibilidades, através de condensações de sentido ( normas, valores, expectativas, etc ), que podem ser utilizadas em outras situações, em momentos diversos e com outros parceiros.

Permanece um problema: como mover-se nesta situação aberta, de possibilidades infinitas? O possível é localizado em algo que permanece

---

<sup>21</sup> Analisaremos a distinção entre ação e experiência interior quando tratarmos dos meios da comunicação generalizados sobre base simbólica, no capítulo III.

idêntico; o sentido aparece como a identidade de um complexo de possibilidades passíveis de serem negadas, nas distintas dimensões de experiência que constituem o mundo (material, social e temporal).

Materialmente, o sentido constitui-se em ser alguma coisa e não outra: o tema da comunicação é a teoria sistêmica, e não aquela da ação comunicativa. Na dimensão social, Ego confronta-se com um Alter Ego, o qual é percebido como um portador de suas próprias visões de mundo: Ego pode aprender a atualizar as perspectivas de Alter, a experimentar suas experiências. Elas são transferíveis por que encontram suporte na identidade de sentido de um objeto. O tempo transforma-se em dimensão autônoma capaz de interpretar a realidade recorrendo à diferença entre passado e futuro, entendendo-se o presente como o intervalo temporal entre eles, no qual se realiza a irreversibilidade das mudanças.

A generalização pode ser ativada em todas estas dimensões: é possível generalizar-se uma identidade ( dimensão material ) sobre uma base de consenso ( dimensão social ), pressupondo para isto uma certa duração ( dimensão temporal )<sup>22</sup>.

Entretanto, a diferenciação destas dimensões é produto da evolução sócio-cultural, cuja análise indica uma maior separação entre elas, com a atenuação de suas implicações recíprocas; as negações internas em uma dimensão não conduzem, necessariamente, a negações nas outras.

Feito este breve "excursus", voltemos ao nosso problema inicial: nos sistemas sociais, que são constituídos com base no sentido, como se dá o fechamento operacional?

A resposta a esta pergunta encontra-se na "abertura" do sistema operada

---

<sup>22</sup> Para a descrição do mecanismo da generalização congruente das expectativas, e a distinção entre expectativas cognitivas e normativas, consultar o capítulo IV, sobre a função do direito.

pela codificação<sup>23</sup> lingüística, entendendo-se por abertura a duplicação de todas as possíveis proposições graças a uma diferença entre sim e não.

O sistema cria uma versão suplementar negativa de cada proposta de sentido, para a qual não existe nenhuma correspondência no ambiente. Esta codificação binária estrutura todas as operações do sistema como escolha entre um sim e um não, independentemente do conteúdo delas. Em outras palavras: *"cada escolha implica na negação da possibilidade oposta"*<sup>24</sup>. Esta escolha é, todavia, passível de ser condicionada. Disto decorre o caráter fechado e aberto do sistema.

*"O fechamento de um sistema fundado com base no sentido pode ser entendido, desta maneira, como **controle das próprias possibilidades de negação no momento da produção dos próprios elementos**"*<sup>25</sup>.

Isto significa que, em se tratando de sistemas sociais (e é relevante mencionar que a sociedade é uma espécie de sistema social), o seu fechamento pode ser condicionado mediante o controle das comunicações que se conectam, na rede recursiva de sua autopoiesis. A comunicação resulta codificada como uma proposta de sentido, que pode ser compreendida ou não, aceita ou não.

O sistema da sociedade, como todo sistema autopoietico, não mantém nenhum contato direto com o ambiente. Voltamos sempre à mesma questão: como este sistema configura suas relações com o ambiente, já que a possibilidade real da comunicação possui numerosos pressupostos factuais, que o sistema não pode nem produzir, nem garantir?

---

<sup>23</sup> Para a análise da função da codificação binária, consultar o capítulo III, na parte referente à especificação funcional dos sistemas.

<sup>24</sup> Conforme LUHMANN, N. *Sistemi Sociali*, p.679.

<sup>25</sup> Idem, p.680.

A resposta pode ser dada no âmbito do conceito de acoplamento estrutural<sup>26</sup>. Os sistemas autopoieticos operam de modo determinado pela estrutura. Isto significa que dados existentes no ambiente não podem especificar, de acordo com suas próprias estruturas, aquilo que acontece no sistema<sup>27</sup>. Para os sistemas sociais, isto implica em que toda a comunicação é estruturalmente acoplada à consciência<sup>28</sup>. A consciência só pode pensar, enquanto que apenas a comunicação pode comunicar ( diversamente, não se trataria de elementos organizadores da *autopoiesis* dos respectivos sistemas fechados ). Através do acoplamento estrutural, um sistema pode ser relacionado com sistemas altamente complexos presentes no seu ambiente, sem que deva alcançar ou reconstruir a complexidade deles.

Isto significa que sistema e ambiente permanecem intransparentes um para o outro. Este entendimento é consequência do fato de que os sistemas operam de modo auto-referencial, em auto-contato, na rede recursiva de sua *autopoiesis*.

O que significa, então, a idéia de que os sistemas acoplados estruturalmente colocam à disposição um do outro a própria complexidade organizada? Para responder a esta pergunta, focalizaremos, agora, os problemas da complexidade, da interpenetração e da contingência.

### **2.3. Complexidade estruturalmente organizada**

O primeiro aspecto que importa-nos relevar diz respeito ao fato de que a complexidade não é uma operação que um sistema efetua, tampouco uma

---

<sup>26</sup> Sobre o tema, consultar LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.30-39.

<sup>27</sup> Idem, p.33.

<sup>28</sup> Este tipo específico de acoplamento estrutural entre sistema psíquico e social recebe o nome de interpenetração. Retomaremos esta questão mais adiante, quando tratarmos da dupla contingência.

operação que nele se verifica; a complexidade é um conceito da observação e da descrição<sup>29</sup>. Como já mencionamos, no contexto da teoria da sociedade, a observação implica na atuação de um observador - que pode ser o próprio sistema, e assim teremos auto-observação - que, mediante um esquema de distinção, tem como objetivo a aquisição de informação a respeito de uma das partes da **forma** que é indicada.

A diferença entre sistema e ambiente revela um desnível de complexidade existente entre eles. A **forma** complexidade é constituída paradoxalmente como uma unidade que indica uma multiplicidade. O paradoxo é visível na medida em que um estado de fato é expresso em duas versões: como unidade e como multiplicidade<sup>30</sup>. A fim de tornar operativa esta forma, precisamos fazer uma distinção de segunda ordem: temos, então, a diferença entre elemento e relação. A complexidade indica a impossibilidade da conexão contemporânea de todos os elementos do sistema entre si. É necessário condicionar - limitar - as possibilidades de relação entre os elementos. Complexidade implica, então, em necessidade de seleção.

O número de relações abstratamente possível entre os elementos de um sistema aumenta em progressão geométrica com relação ao aumento da quantidade dos próprios elementos. Como consequência desta complexidade "desorganizada", o sistema não consegue mais controlar o número de relações possíveis entre os elementos.

Por isso, os sistemas desenvolvidos evolutivamente devem limitar drasticamente a capacidade de coligação entre os seus elementos. Em outras palavras: complexidade indica a necessidade de manutenção de uma coligação seletiva (e não total) dos elementos.

---

<sup>29</sup> Sobre o tema consultar LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.40-45.

<sup>30</sup> Idem, p.41.



A complexidade do ambiente é sempre maior que a complexidade do sistema. O sistema enfrenta esta "inferioridade" no plano da ordem, condicionando de maneira mais rigorosa as possibilidades conectivas de seus elementos, através da formação de estruturas: as possibilidades de relações entre os elementos são condicionadas a prévias seleções estruturais. As estruturas indicam a seleção das relações entre elementos que são admitidas no sistema.

O sistema é dependente do ambiente, mas somente na medida em que sua complexidade organizada a nível de estrutura pode tolerar - trata-se de dirigir, ou ao menos limitar, a seletividade das operações, que indicam o processo atual de reprodução sistêmica. Redução da complexidade implica na manutenção seletiva de um âmbito de possibilidades sobre bases estruturais. Isto significa que num sistema existe um só modo de operar (e veremos que os sistemas sociais operam através da comunicação); o resto permanece fora, como ambiente.

A necessidade de seleção, imposta pela complexidade, implica na contingência de cada seleção, ou seja, no fato de que toda a seleção poderia se dar em outra direção<sup>31</sup>. Contingente, então, é aquilo que não é necessário nem impossível; aquilo que pode ser assim como efetivamente é ( ou foi, ou será), sendo possível também diversamente. Enquanto que a complexidade conduz à necessidade de seleção, a contingência implica na necessidade de aceitar riscos<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Sobre a relação entre complexidade e (dupla) contingência, consultar LUHMANN, N. Doppia contingenza. In: Sistemi sociali, p.205-250.

<sup>32</sup> A respeito das possibilidades de pesquisas sobre o risco na sociedade moderna, consultar LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. L'analisi e lo studio dei rischi nelle società complesse. Lecce: Centro di Studi sul Rischio, s/d. (manuscrito), e DE GIORGI, R. El riesgo en la sociedad moderna. In: Colección Temas Jurídicos. Buenos Aires: Fundación Omega Seguros, 1993.

Torna-se pertinente no curso de nossa exposição, introduzir a idéia da dupla contingência. Ela diz respeito ao modo pelo qual a contingência se manifesta na dimensão social, à constituição *mutualística* do sistema social, como ordem emergente determinada pela complexidade dos sistemas psíquicos que a tornam possível<sup>33</sup>. A fim de elucidar a relação de interdependência existente entre sistemas psíquicos e sistemas sociais, falaremos de interpenetração<sup>34</sup>.

O recurso a este termo serve para designar um particular tipo de contribuição à constituição dos sistemas, que é dado por sistemas pertencentes ao seu ambiente. Já fizemos breve menção ao problema do acoplamento estrutural entre sistemas. Trata-se, agora, de elucidar com maior clareza como se dá a relação entre consciência, entendida como elemento da autopoiesis dos sistemas psíquicos, e comunicação, elemento constitutivo dos sistemas sociais.

Com o termo interpenetração, LUHMANN e DE GIORGI querem indicar uma espécie de acoplamento estrutural entre sistemas que co-evoluem, no sentido de que um é o pressuposto do outro e vice-versa. Para a teoria da sociedade, o sistema psíquico do homem opera sempre de maneira auto-referencial, produzindo e reproduzindo os elementos de que é composto, ou seja, a consciência. Trata-se sempre da rede de operações de um sistema fechado; logo, o homem é ambiente dos sistemas sociais. A sociedade não é constituída por homens. A sociedade não vive. É mister aceitarmos esta premissa anti-aristotélica. Sistema psíquico e sistema social colocam à disposição um do outro a própria complexidade pré-constituída, através da reprodução autopoietica.

Como já referimos, somente a consciência pode pensar; apenas a

---

<sup>33</sup> Segundo LUHMANN, N. Doppia contingenza. In: *Sistemi sociali*, p.205-250.

<sup>34</sup> Para uma análise aprofundada deste tema, consultar LUHMANN, N. Interpenetrazione. In: *Sistemi sociali*, p.351-412.

comunicação pode comunicar. A tradição havia elevado a consciência ao posto de sujeito do mundo. Vimos a modificação operada pela teoria da sociedade, que substitui o "sujeito transcendental" cartesiano pela idéia de sistema auto-referencial. Isto não implica num julgamento pejorativo do homem enquanto tal. Podemos até mesmo afirmar que a teoria da sociedade, nos moldes da concepção aqui exposta, "leva a sério" a humanidade do homem. É na perspectiva do acoplamento estrutural entre consciência e comunicação que a teoria busca descrever a "interdependência" que se estabelece entre o homem e a sociedade.

Ambos os sistemas operam com base no sentido. A interpenetração sistêmica é tornada possível através da linguagem<sup>35</sup>. Os sistemas sociais obedecem ao princípio da "order from noise"<sup>36</sup> na sua constituição: surgem devido a rumores produzidos por sistemas psíquicos que tentam comunicar-se entre si. Quando alguém fala, a consciência pode distinguir este rumor dos demais, tornando-se difícil subtrair-se ao fascínio da comunicação corrente.

Através da interpenetração, os limites de um sistema podem ser integrados na esfera operativa do outro sistema. Em se tratando de sistemas psíquicos e sociais, é evidente que estes limites são constituídos pelo sentido, e não por uma imaginária linha demarcatória que demarcaria os sistemas abruptamente.

A *autopoiesis* da vida e da consciência é o pressuposto para a constituição dos sistemas sociais, e o inverso também é verdadeiro. Ou mais claramente: *"o sentido permite à consciência compreender e reproduzir a si mesma na comunicação, e permite também, de outro lado, a imputação da comunicação à*

---

<sup>35</sup> O problema da linguagem (oral e escrita) como meio de difusão da comunicação será abordado no capítulo III.

<sup>36</sup> Assim formulado no âmbito da teoria geral dos sistemas por VON FOERSTER, H. On self-organization systems and their environments. In: Marshall C. YOVITS e Scott CAMERON (ed.), Self-organizing systems, Oxford, 1960, *apud* LUHMANN, N. Sistemi sociali, p.207.

*consciência dos participantes*"<sup>37</sup>.

Nos sistemas da comunicação, nomes e conceitos servem para processualizar a referência à complexidade ambiental. Neste sentido, tal processo pode personificar referências externas, entendendo-se por "pessoa" a identificação social de um conjunto de expectativas relacionadas a um indivíduo<sup>38</sup>.

Em relação a todas as condições externas da *autopoiesis* social, como os processos físicos, químicos e biológicos, a consciência ocupa um lugar privilegiado; através de sua capacidade de percepção, ela controla de um certo modo, o acesso do mundo externo à comunicação. Com esta idéia explica-se como os sistemas, embora sendo auto-determinados, se desenvolvem em uma certa direção que é tolerada pelo ambiente.

O que é importante frisar é que não existe nenhum tipo de irritação direta do ambiente sobre o sistema, mas sim sempre auto-irritação, que pode ser imputada pelo sistema ao sistema (auto-referência) ou ao ambiente (hetero-referência). O sistema social da sociedade moderna atingiu um grau de auto-irritação jamais experimentado antes, e não se pode prever se ele conseguirá aprender a adaptar-se de modo suficientemente rápido, como estão a exigir as condições ecológicas presentes nesta sociedade.

Voltemos ao âmbito da dupla contingência; podemos, assim, perguntar: como é possível a ordem social? Através da análise da dupla contingência, começa a delinear-se como improvável esta possibilidade<sup>39</sup>. Como é possível

---

<sup>37</sup> Segundo LUHMANN, N. *Sistemi sociali*, p.362.

<sup>38</sup> Idem, p.351.

<sup>39</sup> A tese da "improbabilidade do provável" será discutida quando tratarmos, no capítulo III, dos problemas referentes à evolução da sociedade.

coordenar as seleções, imprevisíveis e contingentes de um Alter e de um Ego<sup>40</sup>, entendidos como sistemas psíquicos auto-referentes?

A situação de dupla contingência pode ser assim sumariamente descrita: tanto Alter como Ego observam as seleções de um e de outro como contingentes. Cada qual constitui uma "black box" para o outro, devido à impossibilidade de observação externa dos critérios seletivos utilizados na autopoiesis de cada um. A indefinibilidade desta situação para ambos confere um significado estruturante a qualquer atividade que nela ocorra. Do fato de que tanto Ego quanto Alter experimentam a dupla contingência, e se orientam com base nela, emerge uma ordem condicionada pela complexidade dos sistemas que a tornam possível; esta ordem (estrutura) surge através observação recíproca (compreendida a auto-observação) e das informações por ela criadas. Temos então um sistema social que se produz autopoieticamente, coordenando as seleções contingentes de Alter e Ego.

Na situação dominada pela dupla contingência, as expectativas endereçadas de Ego para Alter serão satisfeitas apenas se ambos fizerem o que é necessário para isto. Sob estas condições, eles devem ser capazes de ter expectativas não apenas em relação ao comportamento recíproco, mas em relação às próprias expectativas. Estas surgem mediante generalizações simbólicas<sup>41</sup> que condensam -limitam- a estrutura de remessas a outras possibilidades, inerentes a cada experiência dotada de sentido, indicando aquilo que se pode esperar numa situação determinada - possibilitando o

---

<sup>40</sup> O uso desta terminologia poderia sugerir que se trata de pessoas diversas que se comunicam. Ao invés disso, se quer exprimir "o fato de que cada um deles, se (e apenas se) participa na comunicação, é sempre **ambos**". Segundo LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*, p.118.

<sup>41</sup> Sobre o problema da generalização e do simbolismo, consultar o capítulo III, na parte referente aos meios da comunicação simbolicamente generalizados.

orientar-se mais rapidamente.

As generalizações, enquanto seleções, constituem uma limitação do possível dentro dos horizontes do mundo, conduzindo ao surgimento de uma complexidade organizada. Têm como função a superação da descontinuidade material, temporal e social de toda seleção. Os símbolos são utilizados como instrumentos que denotam a unidade assegurada pela generalização.

As estruturas dos sistemas sociais assumem a forma de expectativas sobre expectativas. Uma expectativa nasce através da limitação de um leque de possibilidades, pois ela equipara uma série de acontecimentos heterogêneos sob a denominação comum de "desilusão da expectativa", antecipando futuras linhas de tratamento<sup>42</sup>. As expectativas funcionam como estruturas sociais apenas se elas mesmas podem se tornar objeto de expectativas. A expectativa torna-se reflexiva, no sentido de que sabe que sua expectativa é esperada. Somente assim é possível ordenar situações caracterizadas pela dupla contingência.

Com a descrição efetuada até o presente momento, dos problemas que parecem constituir o cerne da "estrutura labiríntica" da teoria da sociedade, é mister apresentarmos, à guisa de conclusão do presente capítulo, a idéia da sociedade como sistema universal da comunicação.

#### **2.4. A sociedade como o sistema social global da comunicação**

A importância do conceito de estrutura pode ser mensurada se atentarmos para o fato de que os sistemas sociais produzem seus elementos (comunicações) como eventos, que desaparecem tão logo tenham surgido. Os eventos não podem ser acumulados, pois após um curto período de tempo o

---

<sup>42</sup> Retomaremos o problema das expectativas e sua relação com o tratamento das desilusões, quando abordarmos a função do sistema jurídico, capítulo IV.

sistema não poderia tolerar tamanha complexidade, tornando-se incapaz de selecionar um padrão de coordenação, produzindo caos<sup>43</sup>.

A estrutura consente, então, na criação de relações entre elementos do sistema superando as diferenças temporais. As relações adquirem valor estrutural por que representam a seleção prévia entre uma multiplicidade de possibilidades combinatórias.

O conceito de estrutura, assim delimitado, não implica na existência de uma estabilidade especial. Sua função consiste em permitir a reprodução de eventos através de eventos, ou seja, a reprodução autopoietica do sistema.

Em consonância com esta idéia, temos que o sistema torna-se basicamente dinâmico: a contínua dissolução dos elementos sistêmicos - eventos- transforma-se em causa necessária de sua reprodução autopoietica. A dimensão temporal da produção de sentido assume, então, uma posição fundamental, face à descontinuidade temporal dos eventos, e à "compensação" desta descontinuidade operada no plano estrutural.

Desta situação decorrem importantes conseqüências referentes à conservação do sistema. A teoria dos sistemas entende por manutenção não a mera reprodução de idênticos modelos em circunstâncias similares, mas sim o processo primário da produção dos próximos elementos na situação atual, sendo que estes devem ser diferentes daqueles para que sejam reconhecidos como eventos. O sistema conserva-se a si mesmo utilizando recursivamente eventos para a produção de eventos. A teoria da *autopoiesis* formula uma situação de escolha binária: o sistema, ou continua sua auto-reprodução, ou não. São excluídas terceiras possibilidades. Tal concepção assume decisiva relevância na análise da comunicação.

---

<sup>43</sup> O paradoxo do caos está no fato de que "num caos privado de estruturas não haveria nenhuma segurança; e esta seria a única segurança". LUHMANN, N. Sistemi sociali, p.478.

Qual a operação que realiza a *autopoiesis* dos sistemas sociais, delimitando-os, deste modo, em relação aos seus ambientes? Os sistemas sociais utilizam a **comunicação** como meio de reprodução autopoietica. Isto significa que os seus elementos são comunicações, produzidas e reproduzidas recursivamente por uma rede de comunicações, e que não podem existir fora desta rede.

A comunicação é a única operação genuinamente social. Ela pressupõe o concurso de um grande número de sistemas psíquicos (interpenetração), mas como unidade não é imputável a nenhuma consciência singular. Se tomarmos a forma sistema/ambiente que, como vimos, é constitutiva para o sistema, veremos que não existe ambiente social para a sociedade. É neste aspecto que reside a sua particularidade como espécie de sistema social, que engloba todos os demais.

As teorias sociais tradicionais européias utilizavam uma parte da realidade social para representar a inteira sociedade. Pensemos no primado da política presente na "Koinonoía politiké" grega, ou ainda na "societas civilis" do iluminismo. Pensemos, ainda, na substituição da política pela economia, como "logos" privilegiado da descrição social, operada pela teoria marxista.

A teoria da sociedade rompe radicalmente com estas concepções. À primeira vista esta parece uma teoria que continua a tradição aristotélica<sup>44</sup>, se considerarmos o conceito oferecido de sociedade como sistema que engloba todos os demais sistemas sociais, pois uma noção geral de sistema social é utilizada para definir o sistema global como um caso especial de sistema social. O conteúdo, porém, foi evidentemente transformado. A unidade deste conceito

---

<sup>44</sup> No início de sua "Política", Aristóteles apresenta o conceito de sociedade política, como "a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais" (grifamos). ARISTÓTELES. A política. Tradução por Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.



não é referida a nenhum aspecto parcial da realidade social.

A sociedade moderna é de tal modo diferenciada<sup>45</sup> que afasta a plausibilidade de qualquer descrição que atente para o primado de algum setor social específico. A teoria da sociedade utiliza a análise sistêmica para desvendar as estruturas e processos que caracterizam o sistema social da sociedade.

Portanto, temos que a sociedade é o sistema social global que inclui toda a comunicação, reproduz toda a comunicação e constitui horizontes de sentido para posterior comunicação<sup>46</sup>. A unidade da forma comunicação requer a síntese de três seleções: informação, ato de comunicar e compreensão<sup>47</sup>. Estas distinções tornam, desde já, evidente, a diferença entre a concepção tradicional de comunicação - entendida como transferência de informações de um sujeito para outro - e aquela utilizada pela teoria da sociedade, que enfatiza a posição do "receptor" no processo comunicativo (tendo em vista a presença da seleção operada pela compreensão da mensagem).

A *autopoiesis* sistêmica requer a continuação da comunicação. Como unidade operacional - elemento - do sistema, a comunicação é indecomponível. Entretanto, posteriores comunicações do sistema podem distinguir a informação do ato de comunicar, utilizando tal distinção para separar hetero-referência e auto-referência. Referindo-se a si mesmo (auto-referência de base), o processo comunicativo tem que distinguir informação e ato de comunicar, e indicar qual lado da distinção é pressuposto para servir de base a posteriores

---

<sup>45</sup> Sobre o tema das formas da diferenciação social, e em especial sobre a diferenciação funcional da sociedade moderna, consultar o capítulo III.

<sup>46</sup> LUHMANN, N. The world society as a social system. In: Essays on self-reference, p.175-190.

<sup>47</sup> Segundo LUHMANN, N. Comunicazione ed azione. Sistemi sociali, p.251-304. Retomaremos este tema, buscando esclarecer as diferenças destas três seleções, no capítulo seguinte.

comunicações.

Portanto, a auto-referência dos sistemas sociais constitui-se num caso de alta complexidade, por que se baseia num contínuo processo autopoietico que se refere a si mesmo, processando a distinção entre ele mesmo e seus conteúdos.

É precisamente esta característica que distingue a comunicação de todos os processos biológicos: a sua capacidade de auto-observação. A comunicação utiliza a distinção entre ato do comunicar e informação para se auto-observar.

*"Cada comunicação deve, ao mesmo tempo, comunicar que ela é uma comunicação e deve precisar quem comunicou e o que foi comunicado, para que a comunicação que a ela se liga possa ser determinada possibilitando a continuação da autopoiesis"*<sup>48</sup>.

Já fizemos referência à concepção central da teoria dos sistemas autopoieticos, que postula o fechamento sistêmico como condição de sua abertura. Deste modo, a teoria formula condições limitadoras em relação aos possíveis componentes do sistema: eles podem ser reproduzidos apenas se possuírem a capacidade de ligar abertura e fechamento.

Vimos que a abertura dos sistemas sociais é tornada possível graças à aquisição evolutiva da linguagem, e a sua possibilidade de duplicação do mundo através da negação (codificação binária). Procuraremos explicitar, no decorrer de todo este trabalho, como se manifesta esta articulação entre fechamento e abertura, com especial ênfase no sistema jurídico, e faremos, agora, apenas breves considerações.

A comunicação, como operação elementar do sistema social, se concretiza pela **compreensão** da diferença entre **informação e ato de comunicar**. A

---

<sup>48</sup> LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.27.

informação pode referir-se ao ambiente do sistema; o ato de comunicar, atribuído a um agente como ação, é responsável pela reprodução autopoiética do sistema. Trata-se de um mecanismo intrincado, que implica, como marco teórico, na substituição da primazia da "teoria da ação" pela "teoria da comunicação."

Os sistemas sociais, então, são sistemas recursivamente fechados no que tange à comunicação. Todavia, este "fechamento" pode assumir diferentes perspectivas, o que torna possível distinguir três tipos genéricos de sistemas sociais: sociedades, interações e organizações<sup>49</sup>. Cada um constitui modo autônomo de relação com a dupla contingência. Cada um se distingue pelo modo diverso de fixação dos limites sistêmicos, pelas regras estruturadas para a comunicação, pela complexidade admitida no interior.

As interações e as organizações se constituem através de distinções sistema/ambiente efêmeras, de breve duração, e sem que a diferença deva ser legitimada mediante referência à sociedade.

As interações são episódios da vida social. Resolvem o problema da dupla contingência utilizando-se da presença de pessoas. Trata-se de um sistema social que se forma quando as pessoas presentes percebem que se percebem umas às outras. Em outros termos: quando cada uma comunica levando em consideração as demais presentes<sup>50</sup>.

É evidente que a interação constitui sociedade (pois, do contrário, não seria esta o sistema global), mas de um modo em que nesta se produzam limites entre o específico sistema de interação e o ambiente interno da sociedade.

Trata-se do mais simples sistema social. Porém, a sua complexidade

---

<sup>49</sup> Segundo LUHMANN, N. Interaction, organization and society. In: The differentiation of society, p.69-89.

<sup>50</sup> BARALDI, C. Interazione. In: Glossario ..., p.96-99.

reside no fato de que a quantidade de comunicações possíveis no seu interior é tal que torna necessária uma seleção das relações possíveis entre as comunicações.

Tal sistema consitui o nível mínimo de produção da comunicação, pois sem interações não seria possível a constituição de nenhum sistema social. Porém, como a relação entre sociedade e interação varia evolutivamente<sup>51</sup>, na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, observa-se que a comunicação não se produz apenas em interações.

Com o incremento da complexidade societária, torna-se ilusória a crença de que *"na forma da interação, através do diálogo, através de tentativas de acordo entre parceiros fisicamente presentes, tudo possa ser conduzido de maneira racional"*<sup>52</sup>.

Isto ocorre por que existem claros limites estruturais nas interações: a exigência da presença física dos participantes, a necessidade de abordar-se um argumento de cada vez, e a dissolução relativamente fácil do sistema em presença de comunicações desagradáveis ou pouco interessantes.

Como conquista evolutiva, as organizações fornecem maiores garantias à reprodução da comunicação, enfrentando um a um os limites estruturais das interações.

Trata-se de sistemas sociais que se constituem com base em regras de admissão. A contingência do agir de Alter e de Ego é condicionada pela admissão em uma organização.

As comunicações que funcionam como elementos últimos da autopoiesis do sistema são as decisões. Tratam-se de elementos cuja seletividade deve

---

<sup>51</sup> Sobre esta relação nas sociedades segmentárias, estratificadas e funcionalmente diferenciadas, consultar o capítulo III, sobre as formas da diferenciação social.

<sup>52</sup> LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*, op.cit.p.326.

poder ser atribuída a um membro da organização<sup>53</sup>. O sistema organizacional produz decisões através de decisões.

Como se dá a relação entre organizações e sistemas parciais de funções, já que, nas sociedades funcionalmente diferenciadas, as organizações assumem uma relevância jamais antes registrada? Embora elas possam se formar livremente, sem referência à sociedade, as mais importantes organizações se estruturam no interior dos subsistemas sociais, assumindo seu primado funcional. Pensemos em quantos sistemas funcionalmente especificados baseiam suas próprias operações em sistemas organizados, como as escolas no sistema educativo, as universidades no sistema da ciência, os tribunais no sistema jurídico, e assim sucessivamente<sup>54</sup>.

De todas as considerações realizadas até agora, parece-nos resultar evidente que, para a delimitação do conceito do sistema social da sociedade, prescinde-se de qualquer referência material a conteúdos como eticidade, racionalidade, comunidade de interesses. O sistema societário não pode ser caracterizado pela referência a um aspecto preponderante, seja este um comprometimento religioso, o estado político ou um certo modo de produção econômica. A teoria da sociedade observa, porém, que, historicamente, diferentes tipos de sociedades podem ser distinguidos mediante o uso preponderante de um modo de diferenciação interna. A análise desta assertiva, bem como das conseqüências produzidas por ela no âmbito da teoria, é fundamental para a compreensão das relações existentes entre sistemas parciais da sociedade, e dentre eles, o sistema jurídico. Deste tema nos ocuparemos no próximo capítulo.

---

<sup>53</sup> CORSI, G. Organizzazione. In: Glossario..., p.122-124.

<sup>54</sup> A complexidade e a importância da teoria das organizações no contexto da sociedade moderna exigiriam análises que extrapolariam o objeto do presente trabalho. Assumem uma função altamente relevante se atentarmos para o fato de que é através das organizações que se realizam os acoplamentos estruturais entre os sistemas parciais da sociedade.

## CAPÍTULO III

### FORMAS DA DIFERENCIAÇÃO E MEIOS DA COMUNICAÇÃO GENERALIZADOS SOBRE BASE SIMBÓLICA

#### **3.1. Formas da diferenciação**

No capítulo anterior, a sociedade foi definida, seguindo LUHMANN e DE GIORGI, como o sistema global da comunicação. Nos referimos, portanto, a um sistema total, que engloba todos os demais sistemas sociais. Nesta perspectiva, o sistema psíquico-orgânico humano faz parte do ambiente da sociedade, ocupando, porém, um lugar privilegiado entre os pressupostos da *autopoiesis* do sistema societário, através da interpenetração entre consciência e comunicação.

Como é possível explicar este fenômeno da globalização da sociedade, no sentido de que não podemos mais nos referir à existência de diversas sociedades<sup>1</sup>? Como compatibilizar esta premissa com o fato de que existem diferenças marcantes no interior desta sociedade? As respostas a estas questões podem ser encontradas no âmbito teórico, onde é fecunda a colaboração interdisciplinar entre a teoria da evolução (nos moldes em que é desenvolvida na teoria da sociedade) e a teoria dos sistemas autopoieticos, relativo ao problema das formas da diferenciação da sociedade.

A hipótese teórica que será o "fio condutor" da nossa exposição consiste na idéia, apresentada por LUHMANN e DE GIORGI, segundo a qual é possível descrever a linha evolutiva da sociedade mediante a sua crescente

---

<sup>1</sup>Seguimos as considerações expostas por LUHMANN, N. The world society as a social system. In: Essays on self-reference, p.175-190.

diferenciação<sup>2</sup>.

O conceito de diferenciação, tal como é descrito na teoria da sociedade, num sentido amplo, indica o modo pelo qual um sistema se auto-delimita em relação ao ambiente. Na rede da reprodução autopoietica sistêmica, cada operação ativa a diferença entre sistema e ambiente. No caso dos sistemas sociais, cada comunicação realizada tendo em vista a possibilidade de ulterior comunicação (requisito geral da *autopoiesis*), mediante a combinação entre auto-referência e hetero-referência, ativa a diferença entre sistema e ambiente.

Num sentido mais restrito, com o conceito de diferenciação sistêmica, LUHMANN e DE GIORGI pretendem indicar o fato de que, no interior de um sistema, se procede à construção de outro sistema, de forma reflexiva e recursiva, utilizando a diferença entre sistema e ambiente segundo uma perspectiva própria. Em outras palavras: referem-se à construção de sistemas parciais no interior do sistema da sociedade.

*A "repetição, dentro de um sistema, da diferença entre um sistema e o seu ambiente"*<sup>3</sup> implica na existência de dois ambientes: um externo à sociedade, comum a todos os subsistemas, e outro interno à sociedade, específico para cada sistema parcial. Este ambiente interno é a parte do sistema global que permanece fora dos limites de um determinado subsistema.

Cada sistema parcial reconstrói o sistema global através de uma específica diferença entre sistema e ambiente. Isto significa que cada sistema parcial estabiliza um ponto de vista que reproduz o sistema global. Em outras palavras: segundo esta perspectiva, *"cada subsistema reconstrói e, neste sentido, é o sistema total na especial forma de uma diferença entre o sistema*

---

<sup>2</sup> LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.259.

<sup>3</sup> Idem, p.231.

*parcial e o seu ambiente*"<sup>4</sup>.

Já havíamos mencionado, no capítulo anterior, o fato de que existe um desnível de complexidade entre sistemas e respectivos ambientes. Pensemos, por exemplo, no ambiente do sistema da sociedade, constituído, entre outros, por inúmeros sistemas psíquicos. Os sistemas compensam este desnível mediante a aquisição de uma complexidade organizada. Isto significa que não existe uma correspondência total entre eventos que ocorrem no ambiente e reações a este. Os sistemas necessitam de tempo para selecionarem informações que consideram relevantes. A diferenciação sistêmica constitui-se numa técnica estrutural poderosa para resolver problemas temporais de sistemas complexos situados em ambientes complexos<sup>5</sup>.

A diferenciação em sistemas parciais possibilita à sociedade enfrentar o problema da complexidade segundo perspectivas diversas. Isto significa que existe um processo de crescimento da sociedade através da sua diferenciação interna. A consequência importante que podemos extrair desta premissa é a idéia segundo a qual mediante a construção de *"diferentes versões internas do sistema global, fatos, eventos e problemas obtêm uma multiplicidade de sentidos em diferentes perspectivas."*<sup>6</sup>

Através da diferenciação interna, a sociedade torna-se ambiente de si mesma. A principal função deste sistema é, simultaneamente, aumentar e reduzir a complexidade disponível nos ambientes dos sistemas parciais. A sociedade "domestica" o ambiente interno destes sistemas, através da redução da complexidade operada pelos próprios limites de suas operações; e, ao mesmo tempo, aumenta a complexidade, pois amplia as possibilidades de

---

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. *The differentiation of society*, p.231.

<sup>5</sup> Conforme LUHMANN, N. *World society as a social system*, p. 177.

<sup>6</sup> Idem, p.231.



variação e escolha para cada sistema parcial.

Cada mudança operada nos sistemas parciais significa uma múltipla transformação, pois é, simultaneamente, uma transformação do ambiente dos demais sistemas parciais. Vimos, no capítulo anterior, o tipo de interdependência existente entre sistema e ambiente, no sentido de que, embora o ambiente seja insondável para o sistema, este pode ser irritado por rumores produzidos no ambiente, na medida em que sua complexidade estruturada pode tolerar.

Desta idéia surgem inúmeras conseqüências. Uma delas é de que o princípio da "causalidade necessária", segundo o qual, a cada causa específica segue-se um determinado efeito, não é mais plausível como metodologia para a descrição das transformações ocorridas na sociedade. Substitui-se, então, a análise causal pela perspectiva funcionalista, que objetiva determinar soluções funcionalmente equivalentes aos problemas que se apresentam empiricamente.

Já fizemos referência ao fato de que os sistemas sociais são *observing systems*<sup>7</sup>. A *autopoiesis* coloca requisitos gerais mínimos: que as operações ocorram na rede recursiva de operações passadas e de operações futuras possíveis, e, simultaneamente, que o sistema se observe com base na diferença entre sistema e ambiente. Um sistema parcial que observa a "intransparência" do seu ambiente, constituído pelos demais sistemas parciais, tem que observar tais sistemas como sistemas-em-um-ambiente, e, desta forma, estará observando a si mesmo como pertencendo ao ambiente dos demais.

É importante frisarmos, uma vez mais, que com a idéia da diferenciação dos sistemas, a teoria da sociedade não quer indicar a mera decomposição do todo em partes; pelo contrário, cada subsistema reproduz a sociedade

---

<sup>7</sup> Esta denominação é utilizada no âmbito da cibernética moderna por VON FOERSTER, Heinz. *Observing systems*. Seaside Cal., 1981, apud LUHMANN, N. *Sistemi sociali*, p.

utilizando um específico tipo de diferença sistema/ambiente, multiplicando a complexidade do sistema global.

Feitas estas considerações iniciais, torna-se relevante questionar sob quais condições a sociedade aceita que sua própria unidade seja reconstruída através de uma diferenciação interna. A resposta para este questionamento pode ser encontrada no âmbito referente às formas da diferenciação.

Com este conceito, LUHMANN e DE GIORGI buscam indicar o modo como a sociedade organiza a constituição dos sistemas parciais. Se aceitarmos como plausível a hipótese inicialmente colocada, veremos que o crescente grau de diferenciação da sociedade é produzido e mediatizado pelas formas primárias da diferenciação existentes na sociedade, que variam segundo a evolução sócio-cultural.

Para a teoria dos sistemas, é possível falar do primado de uma forma de diferenciação quando se pode constatar que uma forma regula a possibilidade de ativação das demais. Tal determinação se constitui na mais importante estrutura da sociedade, pois estabelece os limites que podem ser alcançados por sua complexidade. Se a complexidade social supera tais limites, para que a sociedade continue sua *autopoiesis*, é necessária uma mudança da forma da sua diferenciação. Como já referimos, o primado da diferenciação social varia evolutivamente.

É importante salientarmos, desde logo, que o predomínio de uma forma da diferenciação não implica na inexistência de outras formas. Indicaremos, mais adiante, exemplos claros que demonstram a coexistência das mais variadas formas, até mesmo por que não existe uma cronologia das formas estabelecida rigidamente.

A teoria da sociedade, embora refute qualquer classificação em termos de "épocas históricas" (a cronologia mencionada), reconhece uma certa distinção

de tipos de sociedades, passíveis de serem descritos na perspectiva da sua forma primária da diferenciação, e que existem seqüências de desenvolvimentos fundados sobre aquisições precedentes ("preadaptive advances"). Porém, renuncia-se a uma explicação causal das transformações ocorridas, incluída uma análise linear em termos de "progresso", orientando-se para os problemas referentes às transformações das estruturas sociais. Mudanças estruturais, que afetem a sociedade, terão um impacto decisivo sobre a maneira como esta se diferencia internamente.

O objetivo da teoria da evolução consiste na especificação teórica do problema da transformação estrutural. Não oferece, porém, uma teoria do processo histórico, e tampouco uma significativa indicação de direções. É capaz, todavia, de explicar a construção e a reprodução da sociedade. "*A sociedade é o resultado da evolução*"<sup>8</sup>.

Já fizemos menção ao fato de que as estruturas dos sistemas sociais são constituídas sob a forma de expectativas de expectativas. Já salientamos que não se pode relacionar a estrutura com uma idéia de estabilidade rígida. Trata-se, na verdade, de um conjunto de condições que delimitam o âmbito das operações que são capazes de se conectarem entre si; em outras palavras, são condições da *autopoiesis* do sistema.

Embora as transformações estruturais possam ser efetuadas somente no interior do sistema - consequência evidente do fechamento operacional - elas devem se afirmar em um ambiente insondável e insuscetível de planificação pelo sistema. Nenhum sistema pode evoluir a partir de si; somente a diferença sistema/ambiente torna possível a evolução.

A teoria da evolução utiliza, como forma ( no sentido de SPENCER

---

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. op.cit.p.169.

BROWN) de suas observações, a distinção entre variação, seleção e re-estabilização.

O mecanismo da variação produz uma diferença entre aquilo que é usual, e o desvio produzido, que obriga à seleção, seja contra ou a favor da inovação. Consiste na reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema. Embora seja claro que o acoplamento estrutural entre sistema e ambiente - já fizemos referência à interpenetração, como um tipo de acoplamento possível - é imprescindível para a evolução, uma vez que torna possível irritabilidades diferenciadas do sistema, não é possível aceitar-se que o mecanismo de variação resida no ambiente psíquico-orgânico da sociedade; em outras palavras, na variabilidade infinita do comportamento humano.

Ele repousa na invenção da negação e na codificação sim/não da comunicação lingüística. A variação evolutiva se produz pelo fato de que pretensões de sentido possam ser colocadas em dúvida ou refutadas no processo da comunicação. A codificação produz uma duplicação, já que "*no ambiente não existem correlatos das negações*".<sup>9</sup>

A produção de uma variante conduz à seleção. Ela refuta as inovações que não parecem idôneas, funcionando como diretriz para ulteriores comunicações. Assim como aumenta a liberdade lingüística de introdução de desvios (variação), cresce também a necessidade de desenvolvimento de garantias para a aceitação de determinadas seleções. Esta função é preenchida pelos meios da comunicação generalizados sobre base simbólica, que asseguram regras institucionalizadas para determinação de quando os intentos de comunicação serão provavelmente bem sucedidos.

Para LUHMANN e DE GIORGI, não é possível aceitar-se a concepção

---

<sup>9</sup> Idem, p.194.

darwinística segundo a qual a variação é produzida no sistema, e a seleção , como "natural selection", através do ambiente.

O problema de estabilidade apresenta-se apenas quando a seleção acolhe a variante da mutação, pois, do contrário, a inovação desaparece sem maiores conseqüências. Ao mecanismo da re-estabilização interessa, pois, o problema da inserção das transformações estruturais em um sistema que opera de modo determinado pela estrutura - questão de compatibilização estrutural. A solução encontrada pela evolução foi a formação de sistemas parciais, mediante a diferenciação interna da sociedade.

Existem estruturas cuja transformação produz efeitos de grande porte, poderíamos dizer "catastróficos", sobre a sociedade. Tais estruturas são os meios de difusão da comunicação, e as formas de diferenciação da sociedade. Abordaremos o primeiro problema posteriormente, no próximo capítulo. Restamos, pois, continuar a análise da questão atinente às diferentes formas de diferenciação.

Apenas poucas formas de diferenciação foram desenvolvidas. Esta limitação talvez resulte do fato de que a diferenciação sistêmica requer a combinação de duas dicotomias, ambas assimétricas: sistema/ambiente e igualdade/desigualdade<sup>10</sup>.

Surgiram, assim, quatro possíveis combinações: segmentação (na base de uma igualdade entre sistemas e ambientes), centro-periferia (baseada na igualdade dentro de cada sistema -centro e periferia- e na desigualdade entre sistemas e ambientes), estratificação (baseada na igualdade dentro de cada sistema - estrato ou classe - e desigualdade entre sistemas e seus ambientes) e diferenciação funcional (em base numa igualdade funcional dentro dos sistemas e numa desigualdade funcional entre sistemas e ambientes).

---

<sup>10</sup> Seguimos LUHMANN, N. The differentiation of society, p.227-254.

Estes princípios de diferenciação podem ser combinados de diversas maneiras. A complexidade da sociedade depende de qual seja o princípio que goze de primazia. Este orienta os tipos de relação sistema/ambiente desenvolvidos na sociedade, ou seja, o modo como são estabelecidos limites (*boundaries, confini*) internos entre subsistemas e seus ambientes.

Sob o prisma da evolução, pode-se dizer que as sociedades arcaicas diferenciam-se, primariamente, segundo a segmentação; as altas culturas, segundo a estratificação (compreendida a forma centro-periferia); e a sociedade moderna, de acordo com a diferenciação funcional.

Em se tratando de diferenciação segmentária, a igualdade refere-se aos princípios da formação dos sistemas, que se constituem com base na descendência (parentela) e na comunidade de habitação (territorialidade), ou uma combinação entre ambos. Diferenças naturais assimétricas como idade e sexo são compensadas em termos da comunidade de famílias, tribos e clãs.

Tais princípios limitam a complexidade social que, essencialmente, não pode ser ampliada, mas apenas repetida. Estas sociedades tendem a permanecer assim como estão, pois são características estruturais delas a grande auto-evidência destes princípios (ou pertence-se a uma família, ou não) e a ausência de alternativas à ordem constituída. O direito, por exemplo, não é sentido como fruto da criação divina (e, portanto, variável), mas como liame que vincula os deuses e os homens.

Todas as sociedades, mediante a linguagem ou outras formas de expressão, produzem semânticas específicas, ou seja, guardam comunicações dignas de serem conservadas para fins de re-utilização. Constituem exemplos particulares de semânticas das sociedades segmentárias, a magia e as normas de reciprocidade.

De uma parte, a magia oferece a possibilidade de paralelizar no

desconhecido as causalidades conhecidas, mediante práticas disponíveis como conhecidas. De outra parte, a idéia da reciprocidade está intimamente relacionada com a forma de diferenciação segmentária. Qualquer que seja a grandeza da unidade (em termos de famílias ou base territorial), as suas relações devem ser construídas de modo simétrico e reversível, pois, no decorrer do tempo, a assimetria geraria desigualdade, transformando a forma de diferenciação. A reciprocidade faz aparecer como simetrias as assimetrias condicionadas pelo tempo, assumindo a função de compensação social e de manutenção da igualdade dos sistemas parciais.

Tal princípio não é formulado como regra; é vivido como comportamento óbvio. Regras e modos de comportamentos não podem ser distinguidos<sup>11</sup>.

Como se deu, então, a transformação do primado da diferenciação social? Segundo LUHMANN e DE GIORGI, observam-se duas linhas de potencialidade evolutiva: em relação ao princípio da parentela, temos que os estratos superiores são bem sucedidos na imposição da endogamia, podendo-se alcançar a estratificação. No que tange ao princípio da territorialidade, são produzidas desigualdades na ordem do espaço - diferença entre centro e periferia.

O centro é constituído pelo império e sua burocracia. Enquanto que no campo (periferia) mantém-se o predomínio da diferenciação segmentária, a cidade (centro) oferece condições idôneas para o desenvolvimento da estratificação.

A estratificação diferencia a sociedade em subsistemas desiguais. Os sistemas parciais são diferenciados a partir de uma distinção de condição,

---

<sup>11</sup> Para uma descrição detalhada das sociedades arcaicas e das altas culturas, com ênfase ao direito por elas desenvolvido, consultar LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. pp.182-225.

estrato ou classe. Tal forma origina-se através da diferenciação e fechamento - por meio da endogamia - da camada superior. Somente esta tem necessidade de uma semântica particular elaborada.

Evidentemente, a estratificação requer uma distribuição desigual de riqueza e poder; em outras palavras, uma distribuição desigual das chances de comunicação. Porém, a igualdade é talvez mais importante, como o princípio que define a identidade dos subsistemas. A estratificação permite e facilita a comunicação entre iguais, nesta fase do desenvolvimento social dominada pela desigualdade. Em decorrência disto, existe mais comunicação do que seria possível nas sociedades segmentárias.

Nas sociedades estratificadas, os sistemas parciais podem definir sua identidade apenas se distinguirem as características dos demais subsistemas em termos hierárquicos, ou seja, com base na desigualdade entre os estratos sociais.

As formas da diferenciação devem poder combinar mais altos níveis de independência com mais altos níveis de dependência entre os sistemas. Nas sociedades estratificadas, é a "unidade econômica" da sociedade doméstica que canaliza a dependência, e a torna compatível com a independência.

Tal regime possuía uma elasticidade considerável para suportar a mobilidade social; só não poderia suportar a ascensão social de uma classe inteira. Como, então, foi destruída a velha ordem social? Através da diferenciação de sistemas de funções.

### **3.2. Diferenciação funcional**

A teoria da sociedade busca descrever o conceito de sociedade moderna através do primado da forma de sua diferenciação: a especificação funcional de sistemas.



É difícil determinar como foram iniciados esses processos de diferenciação. O que é decisivo é o fato de que a reprodução autopoietica alcança um fechamento a partir do qual para a política interessa apenas a política, para o direito, apenas o direito, assim como a economia, a arte...

Para a tradição européia, que considerava ser a sociedade constituída por homens, o ambiente desta só poder-se-ia constituir de outras sociedades, isto é, de corpos sociais formados por outros homens. Vimos no capítulo II que, para a teoria da sociedade, na descrição do sistema social global, os únicos limites que importam são aqueles que distinguem entre comunicação e outros processos não comunicativos. Através da diferenciação funcional, a sociedade alcançou o *status* de sistema global.

Para LUHMANN e DE GIORGI, a "*diferenciação funcional significa que o ponto de vista da **unidade**, segundo o qual se diferencia uma **diferença** entre sistema e ambiente, consiste na **função** que o sistema diferenciado (e, conseqüentemente, não o seu ambiente) desenvolve para o sistema global*"<sup>12</sup>.

Mais uma vez, é redimensionada a distribuição de igualdade e de desigualdade. As funções - que existem com referência a um problema da sociedade - são desiguais, mas o acesso a elas deve ser igual, isto é, independente da relação com outras funções. Isto significa que os subsistemas funcionais são desiguais, pois cada um se especifica em relação a uma função, mas os seus ambientes têm que ser tratados como iguais (não vigora nenhum princípio hierárquico).

Comparada com a estratificação, a diferenciação funcional apresenta duas vantagens em relação ao tratamento da complexidade admitida nos sistemas: os subsistemas não dependem de uma definição complementar de seus

---

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, p.303.

ambientes, e não prescrevem dogmaticamente o *status* de seus ambientes em relação a eles mesmos. Isto por que, como vimos acima, a primazia da estratificação faz com que a sociedade seja descrita segundo a semântica produzida pelo estrato superior.

É possível falarmos de um primado funcional apenas no sentido de que, para cada subsistema diferenciado funcionalmente, tal função goza de prioridade. Isto significa que, ao nível do sistema global, não pode haver uma hierarquia de funções universalmente válida, vinculante para todos os sistemas parciais. Assim, *"a sociedade moderna é diferenciada em subsistema político e seu ambiente, subsistema econômico e seu ambiente, subsistema científico e seu ambiente, e assim sucessivamente"*<sup>13</sup>.

Sob o influxo do primado funcional, os sistemas de funções alcançam um fechamento operativo, formando, assim, sistemas parciais autopoieticos dentro do sistema autopoietico da sociedade.

A orientação funcional não é uma exigência da reprodução autopoietica. Trata-se de uma semântica da unidade de tal processo, sendo, portanto, um problema de observação. Porém, como o agir e o observar não se excluem reciprocamente, este principio passa a ter uma importância morfo-genética, capaz de guiar a seleção estrutural.

Neste sentido, existem conseqüências, efeitos diretos e indiretos produzidos pela diferenciação funcional da sociedade. Pensemos no binômio igualdade/desigualdade. Tal modo de diferenciação pressupõe ambos os termos. Ela pressupõe igualdade na medida em que pode discriminar apenas em relação a específicas funções, e por que tal forma opera melhor se todos são incluídos, com base na igualdade de oportunidades, em cada sistema

---

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. World society as a social system, p.177.

funcional. Porém, cria-se desigualdade por que muitos subsistemas (principalmente o econômico) tendem a aumentar diferenças iniciais.

Além da orientação à função, outro requisito para o fechamento operativo do sistema é a codificação binária, a qual impede que o sistema cesse de operar ao alcançar certa finalidade - os sistemas funcionais não são sistemas teleológicos. O código apresenta-se como regra de duplicação: para toda a operação que se apresenta como informação é colocado à disposição um correlato negativo. Conseqüentemente, tudo o que pode ser compreendido na forma do código aparece como contingente. O código binário funciona como regra de atribuição e conexão: se, por exemplo, surge a questão de alguma coisa ser legal ou ilegal, a comunicação pertence ao sistema jurídico; do contrário, não.

Disto decorre a necessidade da criação de regras decisoriais para a opção do valor - positivo ou negativo - do código. São os chamados programas. A distinção entre códigos e programas estrutura *"a autopoiesis dos sistemas de funções de um modo inconfundível, e a semântica que dela resulta se distingue fundamentalmente das teologias, das representações da perfeição, dos ideais ou das referências de valores da tradição"*<sup>14</sup>.

A reprodução autopoietica é constituída no âmbito da contingência de um código específico que exclui terceiras possibilidades. Isto não exclui que certos eventos sejam identificados como operações em diversos sistemas ao mesmo tempo. A instituição da propriedade e do contrato, por exemplo, são eventos que interessam a mais de um sistema, servindo ao acoplamento estrutural do sistema jurídico e do econômico, procurando regular irritações recíprocas.

Cada código binário específico de um sistema rejeita a forma dos demais.

---

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, p.306.

Tal noção de rejeição possibilita a análise das relações existentes entre os sistemas de funções e a moral. Eles rejeitam também a forma da moral: "*devem ser fixados a um nível de superior amoralidade*"<sup>15</sup>.

Enquanto ocorrem, as operações fixam os limites do sistema. Estes limites possuem dupla função: separar e coligar sistema e ambiente. A diferenciação funcional conduz à expansão máxima dos limites da sociedade a todo evento comunicativo; é o fenômeno da globalização da sociedade. Enquanto que, politicamente, e com base no direito, os limites são constituídos em termos territoriais em Estados (espécie de diferenciação segmentária), para o sistema da economia e da ciência, por exemplo, tais limites não são mais factíveis. A diferenciação funcional coloca, então, como provável, a perspectiva evolutiva mais improvável: a evolução é, agora, evolução de um único sistema.

Porém, os principais problemas da sociedade são tratados no interior dos sistemas parciais para tanto funcionalmente diferenciados. Como não existe nenhum meta-princípio que controle as atividades dos diversos subsistemas sociais, ocorre que eles se desenvolvem de maneira diferenciada, desequilibrada, fato que é facilmente constatável se atentarmos, por exemplo, a fenômenos como a crescente jurisdicização ou monetarização da sociedade moderna.

Para a continuação da autopoiesis é suficiente a simples distinção entre auto-referência e hetero-referência. Questão diversa diz respeito às possibilidades de observação - entendida como operação que produz uma distinção - dos sistemas, alcançadas pela especificação funcional.

A sociedade moderna não tem mais centro ou vértice. Os problemas são tratados a nível dos sistemas parciais, que podem dirigir suas seleções através

---

<sup>15</sup> Idem, p.306.

de três referências sistêmicas: em relação ao sistema societário global, aos demais subsistemas e a si mesmos<sup>16</sup>.

A relação com a sociedade é institucionalizada como função. Com a renúncia à multifuncionalidade pode-se alcançar consideráveis graus de complexidade. Reciprocamente, os sistemas se orientam segundo níveis de prestações. Isto significa que os *inputs* e *outputs* de cada subsistema devem ser ajustados às perspectivas dos demais. A observação do próprio sistema é chamada de reflexão. Ela torna-se inevitável quando surgem problemas de continuidade e descontinuidade, que devem ser resolvidos mediante a reflexão do sistema sobre sua identidade - construção de uma história do sistema, através da criação de conceitos, problemas, soluções e idealizações.

Com o aumento da diferenciação funcional, crescem as demandas para que os sistemas parciais diferenciem e reintegrem funções, prestações e auto-reflexões. Isto conduz a diferentes problemas a nível dos subsistemas.

Tomemos o exemplo da análise luhmanniana do sistema político. Se considerarmos que sua função é a tomada e a execução de decisões obrigatórias, é evidente que o preenchimento desta função não basta como prestação para os demais sistemas. Deve haver um cuidado especial no que tange ao constante *input* de fontes de poder, e, em se tratando de *output*, é exigida atenção para a aceitação das decisões políticas como premissas para o comportamento no ambiente do sistema político. A sociedade moderna separa o sistema político do jurídico, não sendo mais função deste fornecer garantias para a coerência das decisões tomadas naquele. Torna-se necessária, então, um novo tipo de auto-reflexão política.

Pensem, ainda com LUHMANN, no sistema da ciência. A função por ele desenvolvida a nível do sistema global é a produção de verdades

---

<sup>16</sup> Segundo LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.310.

intersubjetivamente compartilháveis. Para os demais sistemas parciais, ele fornece a pesquisa aplicada. E pensemos em todas as teorias do conhecimento como modalidades de reflexão deste sistema.

Como o primado de uma forma de diferenciação social não exclui a existência contemporânea das demais, mesmo na sociedade moderna encontramos possibilidades de segmentarização (divisão territorial dos estados) e de estratificação (divisão em países desenvolvidos e subdesenvolvidos).

Segundo uma concepção de base da teoria dos sistemas, os limites dos subsistemas funcionais se originam mediante a limitação das possibilidades de pretensão da aceitação da comunicação. É por isso que, dentre as inúmeras condições que fizeram crescer a complexidade do sistema social da sociedade, provocando a transformação da forma primária da diferenciação, da estratificação à especificação funcional, o lugar preponderante é ocupado pelos meios da comunicação generalizados sobre base simbólica, que se especializaram justamente, ao longo da evolução, em superar diversas improbabilidades de sucesso comunicativo. Deste tema nos ocuparemos a seguir.

### **3.3. Meios da comunicação generalizados sobre base simbólica**

Como já referimos, a sociedade é o sistema social global constituído pela comunicação. Trata-se de um sistema autopoietico, que produz comunicações na rede recursiva de comunicações anteriores, na perspectiva regular de comunicações posteriores. Trata-se de um sistema auto-referencial, que opera em auto-contato, não possuindo, portanto, nenhum ambiente externo social. A sociedade comunica sobre o ambiente, e não com o ambiente, pois se o fizesse, expandiria os seus limites sistêmicos e, uma vez mais, teríamos um sistema operacionalmente fechado, que produz e reproduz seus elementos na

rede recursiva de suas próprias operações.

A comunicação, como elemento último do sistema social da sociedade (e, evidentemente, de todo sistema social), é, para este sistema, indecomponível. Porém, já referimos que, segundo o marco teórico por nós adotado, a comunicação, como unidade, é resultado da síntese de três seleções: informação, ato do comunicar (emissão) e compreensão<sup>17</sup>.

Vimos que a impossibilidade da relação contemporânea de todos os elementos entre si (estamos a falar da complexidade) conduz à necessidade da seleção. Mediante a seleção, atualiza-se alguma relação entre elementos através da negação das demais, segundo uma determinada perspectiva sistema/ambiente. A diferença sistema/ambiente não determina o que se seleciona, mas em relação a que coisa se deve selecionar (complexidade estruturada).

A forma da comunicação, então, é constituída pela compreensão da diferença entre informação e ato do comunicar. Ego compreende que Alter emitiu uma informação que é autônoma em relação à própria emissão. Por exemplo, se Alter diz "hoje faz frio", tal ato deve ser atribuído a ele como seleção, pois não fez esta afirmação por acaso, mas por diversos motivos que lhe podem ser atribuídos.

A informação "hoje faz frio" é uma seleção autônoma (pois exclui as demais possibilidades), distinta da emissão de Alter (coloca-se o casaco por que faz frio, abstraindo-se da motivação de Alter). A informação é um evento que exerce um influxo seletivo sobre a estrutura de um sistema, suscitando transformações. Tudo aquilo que pode ser tratado como distinção, pode funcionar como informação.

---

<sup>17</sup> Sobre os meios da comunicação, seguimos as linhas gerais traçadas por LUHMANN, N e DE GIORGI, R. Teoria della società, p.61-168.

Como orientação às distinções, a informação pressupõe a existência de um sistema auto-referente, que transforma os próprios estados internos mediante as próprias estruturas, ainda que a seleção possa ser atribuída (pelo sistema) ao ambiente ou a si mesmo. Portanto, a informação, como tal, não está presente no ambiente. Este exercita somente uma ação de irritação ou distúrbio sobre o sistema, que trata estas irritações mediante distinções próprias, a fim de elaborar informações.

A comunicação, enfim, se realiza com a compreensão, que é também uma seleção, não se confundindo com a mera percepção. Nesta, não há distinção entre informação e ato do comunicar; a percepção não permite deduzir nenhuma seletividade do emissor.

A comunicação resulta, então, realizada se e na medida em que se verifica a compreensão. Em outros termos: a comunicação produz uma mudança de estado do destinatário, agindo como uma limitação, pois exclui a arbitrariedade indeterminada do que é possível em seguida a ela. Neste sentido, ela reduz a complexidade. Porém, como toda comunicação provoca a possibilidade de sua negação, a complexidade é, simultaneamente, acrescida.

A comunicação é o evento (e, por isso, fugaz) responsável pela auto-reprodução dos sistemas sociais. A *autopoiesis* da comunicação é assegurada pelas possibilidades de compreensão e pela capacidade de conexão com ulteriores comunicações.

Estas breves considerações tornam explícito o problema da improbabilidade da comunicação<sup>18</sup>. Analiticamente, é possível observar três ordens de improbabilidades do processo comunicativo: como é possível o entendimento (compreensão) entre os homens, sistemas psíquicos separados, operacionalmente fechados? Como é possível a extensão da comunicação,

---

<sup>18</sup> De acordo com LUHMANN, N. The improbability of communication. In: Essays on self-reference, p.87-88.



superando as barreiras espaço-temporais da mera interação? Como é possível que a comunicação seja bem-sucedida, no sentido de que Ego aceite a informação fornecida como premissa da comunicação posterior?

Enfim: como é possível que a síntese comunicativa, em si mesma altamente improvável, se realize, e assim constitua sociedade? As improbabilidades do processo de comunicação e a maneira como elas podem ser transformadas em probabilidades governam, então, a formação dos sistemas sociais. Nesta perspectiva, a evolução pode ser vista como transformação e expansão das condições de comunicação, através das quais são constituídos os sistemas sociais.

A fim de responder ao problema da improbabilidade da comunicação, a teoria da sociedade indica a existência de instrumentos semânticos envolvidos na transformação da comunicação improvável em provável, com relação aos três problemas básicos apontados. São eles: a linguagem, os meios de difusão e os meios generalizados sobre base simbólica.

O conceito de meios da comunicação indica a unidade da **forma** constituída pela diferença entre substrato medial e forma. É a processualização desta diferença que torna possível superar-se o limiar de improbabilidade constituído na comunicação. O substrato medial é caracterizado por uma conexão muito débil entre os elementos, que não apresentam resistência interna à imposição de formas. Pensemos, por exemplo, na luz e no ar. As formas, de outra parte, condensam as conexões entre os elementos do substrato medial em configurações mais rígidas, que são percebidas. Pensemos, por exemplo, nas palavras, que se impõem como forma no substrato medial acústico.

LUHMANN e DE GIORGI ressaltam que nenhum elemento é uma forma ou um substrato medial em si mesmo; esta diferença opera sempre enquanto

diferença, ou seja, existe sempre um substrato medial em relação a uma forma que se impõe a ele. Tomemos como exemplo o caso das palavras. Já referimos que elas condensam formas no meio acústico dos sons; porém, podem ser descritas como substrato medial em relação à condensação de conteúdos comunicativos (proposições).

Os meios da comunicação tornam possível a conexão de comunicações que não possuiriam capacidade de coligação se não fossem "mediatizadas". Vimos que esta conectividade é fundamental para a continuação da autopoiesis, já que as comunicações, enquanto eventos, não têm duração temporal, devendo ser continuamente reproduzidas como operações do sistema. Na comunicação, a capacidade de coligação se apresenta como oferta de possibilidade comunicativa em base ao fato de que tenha sido compreendida a emissão de uma informação. *"O pressuposto da capacidade de coligação é, então, uma redução da complexidade que permite determinar o que pode acontecer na comunicação seguinte"*<sup>19</sup>.

A função destes meios da comunicação consiste, portanto, em tornar possível a condensação e a dissolução contínuas dos elementos no substrato medial, ou seja, a contínua produção de formas.

A fim de tornar mais clara esta conceitualidade, passemos à breve análise da linguagem e dos meios de difusão da comunicação.

A linguagem (comunicação oral) é o meio que amplia as possibilidades de entendimento da comunicação além da simples percepção, e através de generalizações simbólicas na forma de sinais, permite comunicar sobre algo que não está presente e é apenas possível. Em outras palavras: a linguagem evidencia a diferença entre informação e ato do comunicar.

---

<sup>19</sup> CORSI, Giancarlo. Capacità di collegamento. In: Glossario dei termini della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann. op.cit.p.45.

Expliquemos melhor. É claro que pode haver comunicação sem a utilização da linguagem, através do emprego de gestos, por exemplo. Porém, a percepção desta sinalização não evidencia o conteúdo comunicativo. Pensemos, por exemplo, na hipótese de que o anfitrião, embora tenha queimado a comida ao cozinhar, continue a comer normalmente. Ele poderia estar comunicando, através deste ato, a informação de que a refeição é ainda comestível. Porém, se fosse interpelado sobre isto verbalmente, ele poderia negar este conteúdo comunicativo.

O fato de tornar explícita a diferença entre ato do comunicar e informação, rendendo mais provável a compreensão, torna possível o fechamento operacional do sistema social. A linguagem é, assim, o meio fundamental da comunicação, o qual garante a contínua autopoiesis da sociedade. Ela *"se especializa em criar a impressão de entendimento mútuo como base para ulteriores comunicações"*<sup>20</sup>.

A forma da linguagem é constituída pela diferença entre som e sentido. É a processualização desta distinção, através da re-utilização de sons ou de grupos deles, que torna possível o surgimento da linguagem. Esta noção de auto-comportamento, mediante a re-utilização de sons, produz a identidade das palavras e a confirmação delas em situações diversas, ou seja, torna possível a generalização.

As palavras não se confundem com os objetos do mundo material que designam. A linguagem torna possível a separação entre conteúdo e formas que o transmitem. Esta arbitrariedade e universalidade da linguagem permite à comunicação assumir como objeto qualquer conteúdo, inclusive a própria comunicação, que se torna, então, reflexiva.

---

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. The improbability of communication. In: Essays on self-reference, p.90.

A linguagem utiliza-se de uma codificação binária (sim/não), através da qual a insegurança generalizada a respeito da possível utilização errada dos símbolos lingüísticos é transformada em uma bifurcação das possibilidades de conexão. Isto significa que cada comunicação pode ser aceita ou refutada, e deve antecipar em si mesma esta dupla perspectiva.

A codificação binária opera uma duplicação artificial das possibilidades de sentido. Não existem equivalentes ambientais para as negações. É possível passar de um valor ao outro do código mediante uma simples negação. A codificação exclui, então, a possibilidade da existência de uma meta-regra comunicativa, pois em relação a ela mesma haveria esta possibilidade de negação. Portanto, o que está na base deste código lingüístico é a capacidade de negação.

A compreensão, como já referimos, conclui a operação elementar da comunicação. Para a comunicação da aceitação ou não do conteúdo comunicativo como premissa para posterior comunicação, é necessária uma ulterior comunicação. Face a esta dúplice possibilidade, há o interesse comum dos envolvidos na compreensibilidade da comunicação.

A principal limitação da linguagem consiste no fato de que a comunicação é ligada a um espaço determinado e depende do presente. Em outras palavras: a comunicação só se pode realizar no interior de sistemas de interação. Portanto, a capacidade de conservar e recordar comunicações importantes (semântica) é reduzida.

Enquanto a linguagem nasce como meio da comunicação oral, a escrita surge no substrato medial ótico da percepção. Ela torna possível a realização de operações como ler e escrever, nas quais não se deve distinguir entre som e sentido, mas apenas entre combinação de sílabas e sentido.

A principal consequência desta aquisição evolutiva para a sociedade

consiste numa nova organização da temporalidade da operação comunicativa. Isto ocorre devido à separação espacial e temporal entre ato de comunicar e compreensão, pressupondo que a informação permaneça inalterada. É criada "a *ilusão da contemporaneidade do não-contemporâneo*"<sup>21</sup>. Ou seja: através dela, em cada presente é possível uma combinação de diversos presentes que são, de quando em quando, um para o outro, passado ou presente.

Com a escrita, refuta-se a facilidade do esquecimento, pois as proposições escritas podem ser lidas, a cada momento, por muitas pessoas desconhecidas. Por isso, elas devem buscar, a partir de si mesmas, o necessário contexto para sua compreensão.

A escrita e os demais meios de difusão, como imprensa, rádio, televisão, cinema, computador..., tornam provável o fato de que a comunicação alcance os destinatários além dos limites das interações. A análise da função destes diferentes meios, de seus impactos na evolução da sociedade, e de suas relações com a modificação das formas da diferenciação social, não constitui objeto do presente trabalho<sup>22</sup>. Buscamos, apenas, delimitar a conceitualidade necessária para introduzir a problemática referente aos *media* simbolicamente generalizados<sup>23</sup>.

Através do desenvolvimento de poderosos meios de difusão, a sociedade moderna alcançou um *status* no qual tudo pode ser objeto de comunicação, com apenas uma exceção, constituída pelo paradoxo originado pela incomunicabilidade da sinceridade. Se não é possível dizer que não se

---

<sup>21</sup> Segundo LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*, p.85.

<sup>22</sup> Para maiores esclarecimentos, consultar LUHMANN, N. Modes of communication and society. In: *Essays on self-reference*, p. 99-106.

<sup>23</sup> A utilização dos termos "medium" e "media", serve como fórmula abreviada para designar os meios de comunicação simbolicamente generalizados, cujo conceito foi transferido e adequado, por LUHMANN e DE GIORGI, da teoria da ação de Parsons (media of interchanges) à teoria da comunicação explicitada na teoria da sociedade.

pretende dizer aquilo que se diz, tampouco é possível dizer que se pretende dizer aquilo que se diz, pois isto constituir-se-ia em uma duplicação, ou supérflua, ou suspeita. A fim de circundar este paradoxo, tornando-o operativo, a evolução da sociedade fez surgir os *media* simbolicamente generalizados, que tratam especificamente da relação improvável entre seleção e motivação para aceitação ou refuto da comunicação.

A linguagem estruturou o problema geral da improbabilidade do sucesso de uma comunicação mediante a bifurcação operada pelo código sim/não. Porém, esta estratégia não possibilita nenhuma garantia de sucesso da comunicação, no sentido de que o conteúdo comunicativo selecionado por Alter (emissor) seja aceito como premissa da seleção da ulterior comunicação de Ego.

Com o termo "simbólico" a teoria da sociedade quer indicar que estes meios fornecem à comunicação possibilidades para que seja aceita. Em outros termos, estes *media* "*transformam a probabilidade-do-não em probabilidade-do-sim*"<sup>24</sup>. Eles são generalizados na medida em que as expectativas a eles referidas, antecipando a ulterior *autopoiesis*, podem ser constituídas apenas se a forma do *medium* compreende situações diversas. Esta conceitualidade não pode induzir à idéia de que seja possível uma planificação da comunicação, pois ao tornar possível o acordo entre seleção e motivação, altamente improvável, tais *media* produzem novas diferenças.

Expliquemos melhor a função destes *media*: o condicionamento da seleção é tornado fator da motivação, isto é, se pode aceitar uma comunicação se se sabe que a sua escolha obedece a determinadas condições; ao mesmo tempo, aquele que comunica, se sente, assim, encorajado a comunicar.

---

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. p.107.

Tais *media* se diferenciam quando as técnicas de difusão capacitam a comunicação a transcender os limites das interações. Como as diferentes ordens de improbabilidades comunicativas reforçam-se mutuamente, a superação da improbabilidade da expansão da comunicação pela tecnologia dos meios de difusão reforça a improbabilidade do sucesso da comunicação, já que o número de destinatários ultrapassa os limites das simples interações, tornando mais agudo o problema da conexão entre seleção e motivação.

Na dimensão social do sentido, dominada pela situação da dupla contingência, as seleções de Alter e de Ego devem considerar a perspectiva de ulteriores seleções, conformes ou não (requisito geral da *autopoiesis*). Através da imputação, ou seja, da atribuição da responsabilidade da seleção, o processo de comunicação é assimetrizado (destautologizado). A imputação é resultado da atividade de um observador que, através da atribuição de causalidades, torna possível o surgimento de condicionamentos que devem constituir motivação para a aceitação ou para a negação da comunicação.

Existem duas modalidades de imputação: quando a seleção é imputada ao sistema, tratar-se-á de uma ação. Quando a seleção é imputada ao ambiente, tratar-se-á de uma experiência interior<sup>25</sup>.

A tradição sociológica havia tratado os sistemas sociais como sistemas de ações, ou seja, a ação (e não a comunicação) era vista como elemento último que permitia ao sistema distinguir-se do ambiente. Foram desenvolvidas, basicamente, duas linhas de pensamento: com Max Weber, a unidade dos elementos era dada "a priori", dependendo da intencionalidade do agente (teoria subjetivista da ação). Para Talcott Parsons, tal unidade era fornecida pela construção analítica de um observador (teoria analítica da ação)<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Idem, p. 119.

<sup>26</sup> Esta é a crítica de LUHMANN, N. El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho. Anales de la Cátedra F. Suárez, n. 25. p. 88-89.

Para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a comunicação é a unidade elementar da auto-constituição dos sistemas, enquanto que a ação é a unidade elementar da auto-observação e auto-descrição destes sistemas<sup>27</sup>.

A ação é constituída no interior dos sistemas sociais, através da comunicação e da imputação, com a função de redução da complexidade e indispensável auto-simplificação do sistema. Trata-se de uma simplificação do processo da comunicação, para fins da operacionalidade do sistema.

A síntese comunicativa de três seleções não pode ser observada diretamente, mas apenas intuída. Por isso, "*ou para poder ser observado para observar a si mesmo, um sistema de comunicação deve apresentar-se como sistema de ação*"<sup>28</sup>.

A ação assimetrisa a comunicação, tornando possível a atribuição de responsabilidades (imputação), pois a orientação do processo vai daquele que emite a comunicação para aquele que a recebe, podendo ser invertida esta ordem, apenas se o destinatário começa a comunicar alguma coisa, isto é, a agir. As diferentes estratégias de assimetrisação da comunicação tornam possível a operacionalidade do sistema, sendo escolhidos pontos de referência que não são colocados em discussão dentro de determinadas operações.

Feitas estas breves considerações sobre ação e comunicação, retornemos ao estudo da diferenciação dos *media* simbolicamente generalizados. Eles se originam, então, em face a situações problemáticas para as quais é importante um condicionamento da seleção com vistas à motivação. Trata-se da hipótese da complementariedade das expectativas, no sentido de que uma comunicação é assumida como pressuposto da comunicação posterior.

A fim de realizar esta função, distintos *media* se diferenciam segundo um

---

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. p.294.

<sup>28</sup> Idem, p.282.



específico problema de referência e de acordo com a ativação de uma determinada constelação de imputações, ou como ação, ou como experiência interior. A fim de explicitar estas hipóteses da teoria da sociedade, passemos a uma breve descrição da verdade, dos valores, do amor, da propriedade e do dinheiro, da arte, do poder e do direito, que se constituem nos *media* generalizados sobre base simbólica da sociedade moderna.

O aparato semântico do *medium* verdade se diferencia para enfrentar o problema da afirmação de um saber novo, ou quando se queira desviar de um saber existente. A referência à verdade, através de uma observação de segunda ordem (observação de observações), indica a possibilidade de re-especificação da seleção e da motivação através de métodos e teorias.

No que se refere à constelação de imputações, a seleção da informação não é imputada a nenhum dos participantes. Não se trata, portanto, de imputação de ações, mas sim, de experiências internas, que pressupõem uma seleção externa. Esta questão explicita-se na medida em que pensarmos na função dos aparatos metodológicos, que visam a neutralizar o influxo das ações sobre o resultado das pesquisas.

A situação da dupla contingência torna improvável que possa ser encontrada uma base comum entre Alter e Ego, e que os contatos possam ser continuados. Face a este problema, diferencia-se o *medium* dos valores, que tem como função garantir uma orientação da ação que não seja colocada em discussão por ninguém nas situações comunicativas. É característico dos valores que eles não sejam afirmados, mas pressupostos na comunicação, sendo atualizados mediante alusões, nisto consistindo seu caráter indubitável. Trata-se do *medium* "para a pressuposição do que é comum"<sup>29</sup>. Uma vez mais,

---

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. p.126.

trata-se de imputação externa, como experiência interior, tanto de Alter, como de Ego.

Constelação de imputações altamente improvável é aquela referente ao amor: pretende-se que Ego, se ama, no seu agir se oriente à experiência interior de Alter. O problema de referência para o qual este *medium* se diferencia diz respeito ao desejo de que, além do mundo anônimo da verdade e dos valores, se possa encontrar consenso e sustentação para uma própria visão de mundo. Este tipo de relação a dois requer um *medium* forte, extravagante, que na cultura foi introduzido sob o título "paixão"<sup>30</sup>.

Em relação ao *medium* propriedade/dinheiro, requer-se que o agir de Alter, entendido como o recurso a bens escassos, seja vivido interiormente por Ego, que, porém, pode ter interesse nos mesmos recursos. O grande limiar de improbabilidade que ele deve ultrapassar diz respeito à abstenção de ação (imputação como experiência interior), de todos os demais não-proprietários. No curso da evolução, diferenciou-se o *medium* dinheiro para tornar mais disponível e condicionável a propriedade. Através da monetarização da propriedade são generalizados o interesse e a escassez. Ego é motivado a aceitar na própria experiência interior as seleções extremamente específicas efetuadas por Alter.

No que tange à arte, observa-se que o artista age e aquele que contempla a obra é levado a uma certa experiência interior. A obra de arte objetiva produzir estupor e maravilha; isto pressupõe que a sociedade construa um mundo no qual existam coisas que suscitem estupor e fascínio. Trata-se da re-ativação das possibilidades afastadas, visto que a **forma** do sentido implica na distinção entre atualização e possibilitação. Todo o sentido atualizado envia a novas

---

<sup>30</sup> Sobre o tema consultar LUHMANN, Niklas. O amor como paixão: para a codificação da intimidade. Tradução por Fernando Ribeiro. Lisboa: Difel, 1991.

possibilidades de atualização dentro de horizonte constituído pelo mundo. A função da arte está justamente nesta representação do mundo no mundo.

Em relação ao poder, no qual se trata da imputação de ação tanto a Alter como a Ego, cumpre observar que é de todo normal que ações se liguem a ações. Porém, o problema específico que concerne a este *medium* consiste em que o agir de Alter compõe-se de uma decisão sobre o agir de Ego, do qual se pretende a observância. Trata-se de comando, diretiva ou sugestão, sustentados por possíveis sanções. Tem como função estabelecer o que fará o destinatário daquilo que receber. Como na hipótese da propriedade, também aqui afirmou-se uma codificação binária, que é a codificação jurídica do poder. Trata-se de colocar à disposição de todos que tenham interesses protegidos pelo direito o poder de coerção, politicamente organizado. Trata-se, também, de submeter o próprio poder político ao direito, de modo a que este poder possa recorrer aos seus instrumentos coercitivos e possa modificar o direito mesmo, observando as condições fixadas pelo próprio direito.

Feita esta breve descrição da diferenciação dos *media* simbolicamente generalizados, é possível constatar que eles se originam de situações banais da vida quotidiana. Como então alcançam um pleno desenvolvimento? Qual a relação deles com a sociedade moderna, funcionalmente diferenciada? A hipótese que será desenvolvida, sempre com base na teoria da sociedade, é a seguinte: tais *media* desenvolvem-se plenamente quando se realiza o pressuposto de uma diferenciação funcional da sociedade. Assim, eles podem servir como catalisadores para a diferenciação de sistemas de funções. Quais condições devem ser cumpridas para que isto se realize?

Estas respostas podem ser encontradas no âmbito de análise das estruturas deste *media*. Focalizaremos as questões referentes à codificação, à programação e à reflexividade, retomando algumas idéias que já foram expostas

anteriormente.

A primeira característica diz respeito à existência de um código central, que valha para todo o âmbito do *medium*. Como já referimos, trata-se de uma regra de duplicação das possibilidades de conexão das operações. A particularidade consiste em que, neste caso, trata-se de códigos de preferência, isto é, o valor positivo do código (verdade/não verdade, direito/não direito, ter/não ter) é expresso como preferência social por este valor. Este valor representa a capacidade de conexão das operações específicas do sistema, enquanto que o valor negativo simboliza a contingência das condições nas quais se exercita a capacidade de conexão. Os valores negativos são disponíveis para fins de controle da práxis conectiva, para fins de reflexão.

Alguns *media* alcançam alto grau de tecnicização, entendida esta como a facilitação da passagem de um valor ao valor oposto, mediante uma simples negação. Através da codificação secundária da propriedade pelo dinheiro, e do poder pelo direito, estes *media* alcançam elevado grau de tecnicização. Já o amor e a arte não são tecnicizáveis, e formam-se em modo anti-estrutural, renunciando à segurança de poder consituir um sistema.

As preferências pelo valor positivo bloqueiam tanto a questão da unidade do código, como o problema da aplicação das operações codificadas ao próprio código, que conduziria a um paradoxo. Pensemos, por exemplo, se é lícito distinguir entre lícito e ilícito? A fim de circundar tal paradoxo, as preferências fixam postulados como "a afirmação do direito é legítima". Este problema não é tematizado, permanecendo latente. Pelo fato de que esta preferência permanece pressuposta, podemos dizer que os códigos são constituídos por valores (positivos ou negativos).

Os *media* desenvolvem modos de reflexividade processual, ou seja, as operações realizadas podem ser aplicadas a si mesmas e aos seus resultados.

É o caso, por exemplo, da pesquisa sobre a pesquisa, na aplicação do poder ao poder, e assim sucessivamente.

Consequência importante é que os resultados obtidos em um âmbito medial podem ser transformados somente mediante operações do próprio *medium*. Eles reivindicam competência universal para todas as operações que se encontrem no seu âmbito de aplicação. Por exemplo, na medida em que se trate de problemas e de constelação de imputações do *medium* verdade, somente este é competente. O seu âmbito de aplicação é universal, não sendo delimitado por circunstâncias externas, mas especificado segundo o código através do qual opera.

Uma segunda ordem de problemas está no fato de que deve ser garantida a utilidade de ambos os valores do código. Os valores positivos não podem exercer a função de critério que oriente a escolha do próprio valor. Exemplificando: o fato de que o exercício de um poder seja conforme ao direito não é ainda um critério para sua efetiva aplicação.

Os programas são as condições ulteriores que estabelecem as circunstâncias nas quais a atribuição do valor positivo ou negativo é correta ou falsa. No âmbito da ciência temos as teorias, no âmbito do direito, as leis... É importante ressaltar a diferença entre a invariabilidade da codificação e a inconstância da programação. Além disso, todos os valores que foram excluídos da binariedade do código podem ser reintroduzidos como pontos de vista para a escolha dos programas<sup>31</sup>.

Apontamos, assim, os principais dispositivos estruturais que traduzem a função dos *media* em possibilidades para os sistemas autopoieticos. Porém, isto não implica na congruência entre a diferenciação dos *media* e a formação dos

---

<sup>31</sup> Retomaremos este tema ao tratarmos da programação condicional do direito.

sistemas funcionalmente diferenciados. Já mencionamos o fato de que a arte e o amor renunciam à possibilidade de constituir sistemas específicos. No que se refere aos valores, eles constituem *"um bom exemplo do fato de que um importante problema de referência em combinação com uma constelação de imputação a ele adaptada, não é suficiente para gerar um **medium** da comunicação plenamente capaz de funcionar"*<sup>32</sup>.

Entretanto, prevalecem os casos em que um sistema é caracterizado pela utilização de um *medium*, por que o código deste é idôneo a definir a unidade de um sistema. Retomaremos esta questão mais detidamente quando tratarmos da codificação do direito, concebendo-se ele como *medium* da comunicação generalizado sobre base simbólica.

Por ora é importante ressaltar que as diferenças na capacidade de formar sistemas que contra-distinguem os *media* conduzem, junto com outros fatores, a um crescimento desigual dos sistemas de funções.

A diferenciação da sociedade, portanto, não segue simplesmente o esquema dos *media*, mas se orienta segundo problemas próprios. Todavia, eles podem ser considerados como "preadaptive advances", como base provisória para a formação de sistemas. Trata-se de um produto da evolução social, através dos seus mecanismos de variação, seleção e re-estabilização, que, na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, alcançou um alto grau de especificação.

---

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. p.127.

## CAPÍTULO IV

### O SISTEMA SOCIAL DO DIREITO

Após a exposição dos principais argumentos que parecem constituir o fundamento da teoria da sociedade de LUHMANN e DE GIORGI, efetuada nos capítulos anteriores, podemos proceder, agora, à inserção da problemática relativa ao direito nesta matriz teórica. Como salientamos, no capítulo I, esta tarefa constitui o objeto do presente trabalho, buscando superar, com isso, as análises realizadas pelas teorias jurídicas tradicionais, que descrevem, apenas, o modo pelo qual o direito se auto-observa e, por isso, referem a normatividade à coercibilidade, a validade à hierarquia das fontes, a função ao controle social do comportamento, mediante a imposição de sanções positivas ou negativas.

O que é o direito? Onde está o "dever ser" do direito? Qual o âmbito objetual da normatividade jurídica? Parece-nos apropriado iniciarmos nossas considerações com a colocação de tais "questões recorrentes" na história do pensamento da ciência do direito. Perguntas estas que julgamos insuficientemente respondidas no âmbito das principais matrizes teórico-jurídicas deste século, e para as quais buscamos respostas através da análise do direito no contexto de uma teoria da sociedade, tal como foi desenvolvida por LUHMANN e DE GIORGI.

Mediante o recurso a concepções referentes à separação entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, à separação entre moral e direito, relacionando a eficácia deste com a possibilidade de recurso à força física, as teorias do direito, como análises internas ao sistema, semânticas da auto-observação e da auto-descrição do direito, não conseguiram indicar soluções convincentes sobre a especificidade da normatividade jurídica, fornecendo como resposta apenas a

afirmação tautológica de que é normativo o que pertence ao direito: "normativo por que jurídico e jurídico por que normativo"<sup>1</sup>.

A matriz teórica delineada anteriormente possibilita-nos conceber a existência de um sistema jurídico auto-referente, operacionalmente fechado, dentro do sistema global da sociedade. Isto implica na existência de *autopoiesis* dentro de *autopoiesis*, no sentido de que o sistema jurídico opera como parte da rede de operações da sociedade, fazendo-o, porém, de maneira autônoma.

Pensamos haver respondido à indagação de como a sociedade pode tolerar, e até mesmo promover, a emergência de tão alto grau de autonomia dentro dela, através do estudo das formas da diferenciação social, especialmente da diferenciação funcional. Para a discussão proposta neste capítulo, o problema central parece constituir-se na seguinte questão: "*como definir a operação que diferencia o sistema e organiza a diferença entre sistema e ambiente, ao mesmo tempo mantendo reciprocidade entre dependência e independência*"<sup>2</sup>? Como o sistema organiza seu fechamento, sua autonomia, sua imunidade no cumprimento da função para a qual se especificou? Buscaremos responder a tais questionamentos focalizando as concepções luhmannianas referentes à diferenciação funcional do direito positivo, tornada possível pela codificação binária direito/não direito e pela orientação à função do sistema jurídico, entendido como "objeto" que se auto-observa e que é dotado de alta complexidade estruturada, finalizando por analisar o direito como *medium* da comunicação generalizado sobre base simbólica.

---

<sup>1</sup> Segundo PANNARALE, L. Il diritto e le aspettative. Bari: Edizione Scientifiche Italiane-Pubblicazione della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari, s/d. p. 133.

<sup>2</sup> Conforme LUHMANN, N. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. Cardozo Law Review, v.13, n.5, p.1426, mar/92.



#### 4.1. Diferenciação do direito

Como referimos acima, é nossa intenção esclarecer como o direito se diferencia funcionalmente no interior da sociedade, e quais são as consequências desta diferenciação. Aspecto privilegiado da nossa análise será a estrutura e a função do direito positivo da sociedade moderna<sup>3</sup>. Porém, assim como a sociedade moderna é produto da evolução, o mesmo deve ser afirmado a respeito da positividade do direito. Portanto, antes de enfrentarmos a problemática atinente à conquista evolutiva do direito positivo, devemos relacionar a evolução do direito à evolução da sociedade. O que pretendemos, portanto, seguindo LUHMANN, é esboçar uma teoria sociologicamente fundada do desenvolvimento do direito<sup>4</sup>.

Retomando as idéias expostas anteriormente, temos que a evolução não é concebida como um processo causal imanente ao sistema. Ela realiza, no confronto com o ambiente, que é sempre mais complexo que o sistema, o potencial para uma "aprendizagem" que transforma a estrutura sistêmica. Tal potencial surge da processualização da diferença dos mecanismos de variação, seleção e re-estabilização, sempre diante de um ambiente que se transforma de maneira independente<sup>5</sup>, e que por isso permanece intransparente. A diferença entre sistema e ambiente é, pois, pressuposto da evolução, pois nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo.

Não se trata de descobrir quais as causas que produziram certos efeitos, e quais efeitos foram produzidos dadas determinadas causas. Trata-se de

---

<sup>3</sup> Seguimos assim, de maneira coerente, a premissa exposta por Luhmann e De Giorgi na sua Teoria della società, no sentido de que aquilo de que se ocupam "è una teoria della società moderna per la società moderna", p.24.

<sup>4</sup> Conforme LUHMANN, N. Evoluzione del diritto. In: La differenziazione del diritto, p.35-60.

<sup>5</sup> Idem, p.40.

"repercorrer idealmente a história da evolução"<sup>6</sup>, a fim de observar como o direito estabiliza conquistas evolutivas altamente improváveis, mas que se tornam dificilmente reversíveis, através da relação entre os mecanismos que constituem o "motor" da evolução, e que se apresentam de forma variada no seu longo percurso evolutivo, e cuja tendência, sempre segundo LUHMANN, parece indicar uma crescente diferenciação e interdependência recíprocas.

Já que o potencial evolutivo do sistema depende da medida em que tais funções de variação, seleção e re-estabilização podem ser diferenciadas sob o plano estrutural do sistema, trata-se, então, de localizar tais mecanismos no âmbito do direito. Como hipótese geral, LUHMANN<sup>7</sup> atribui a função de variação à multiplicidade e à carga conflitual das expectativas normativas; a função de seleção aos procedimentos de decisão; e aquela de re-estabilização à formulação regulativa do direito válido. É imprescindível salientarmos que tais mecanismos diversificam-se historicamente e que a evolução do direito se sustenta sobre sua separação e interdependência, pois existem limites de compatibilidade entre eles. Através da sedimentação de certas aquisições evolutivas, o improvável torna-se provável, aumentando a complexidade do mundo.

Vejamos, sumariamente, como tais mecanismos se apresentam no direito das sociedades arcaicas e das culturas antigas, até alcançarmos a sociedade moderna<sup>8</sup>. Não se trata de uma divisão em épocas históricas, seguindo uma cronologia objetiva. Tendo em vista que a teoria da evolução objetiva descrever

---

<sup>6</sup> Ibidem, p.51-52.

<sup>7</sup> Ibidem, p.41.

<sup>8</sup> Remetemos o leitor para o que expusemos no capítulo II, relacionando as formas da diferenciação social que gozavam de primazia nas sociedades arcaicas, nas altas culturas e na sociedade moderna. Em relação à evolução do direito, seguimos, em linhas gerais, os argumentos expostos por LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.167-238.

as transformações estruturais, tal divisão é justificada segundo os seguintes critérios: primeiro, é mister observar se já existe uma diferenciação de procedimentos decisórios de cunho jurídico; e, segundo, se tais sistemas específicos se referem apenas à aplicação do direito ou também à legislação<sup>9</sup>.

O estudo dos mecanismos elementares da formação do direito, na perspectiva luhamnniana, propiciam a elaboração de um conceito funcional do direito como mecanismo da generalização congruente das expectativas comportamentais normativas nas três dimensões do sentido: temporal, social e objetiva<sup>10</sup>. Abstraindo momentaneamente das inúmeras implicações desta concepção, queremos nos deter no aspecto relativo à normatividade das expectativas, pois é através dela que podemos descrever as diversas soluções funcionalmente equivalentes (isto é: as diferentes formas de direito) estabilizadas no decorrer da evolução social<sup>11</sup>.

Vimos, no capítulo II, que as estruturas dos sistemas sociais são constituídas em forma de expectativas sobre expectativas. A expectativa nada mais é do que a temporalização de um agir possível, a antecipação de uma factualidade que pode ou não se produzir<sup>12</sup>. O problema dos desapontamentos, então, é imanente à constituição das expectativas, pois elas fragmentam o mundo, reduzem as possibilidades, mas as alternativas evitadas permanecem latentes<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Idem, p.184.

<sup>10</sup> Ibidem, p.121. Dedicaremos, a seguir, um ponto específico para a análise da função do direito.

<sup>11</sup> Seguimos a proposta de uma teoria sociológica com base na análise funcional-estruturalista, na qual toda e qualquer causalidade é tarefa da imputação efetuada por um observador. Para maiores considerações, consultar LUHMANN, N. Ilustración sociologica. Tradução por H.A.Murena. Buenos Aires: Editorial Sur, 1973. p.48-91.

<sup>12</sup> Segundo PANNARALE, Il diritto..., p.61.

<sup>13</sup> De acordo com DE GIORGI, R. Scienza del diritto e legittimazione. Bari: De Donato, 1979. p.217. Sobre o conceito de latência consultar LUHMANN, N. Ilustración sociologica, p.49-91.

Em face a este problema, foram diferenciadas duas estratégias de orientação em caso da ocorrência de desilusões: mediante a estabilização de expectativas normativas, é institucionalizada<sup>14</sup> a indisponibilidade para a aprendizagem, ou seja, a expectativa é mantida em termos contrafáticos. A institucionalização da aprendizagem se dá ao nível das expectativas cognitivas, isto é, na possibilidade de modificação da expectativa em caso de desapontamento.

Através da constituição de estruturas, as expectativas são generalizadas, imunizadas contra outras possibilidades excluídas da pré-seleção estrutural. Tal estratégia propicia ao sistema uma estável indiferença contra a diversidade. O processo de generalização se desenvolve em três possíveis direções, segundo as quais o sistema organiza os mecanismos que produzem segurança para ele (mas, jamais, certeza). Na dimensão temporal, a generalização propicia segurança contra desvios e desilusões singulares, através de normas, que são expectativas estabilizadas em termos contrafáticos. Na dimensão social, mediante a institucionalização das expectativas, há a proteção contra o dissenso. E, na dimensão material, mediante a sedimentação das expectativas em relação a pessoas, papéis, programas e valores, há a proteção contra incoerências e contradições que tornariam impossível o processo da comunicação<sup>15</sup>.

Tais mecanismos de generalização são muito heterogêneos, existindo um alto grau de discrepância na maneira de funcionamento de cada um deles. E é

---

<sup>14</sup> Segundo Luhmann, a generalização do sentido na dimensão social conduz à possibilidade da institucionalização de núcleos significativos, indicando com este conceito "o grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros". LUHMANN, N. Sociologia do direito I, p.77. Não se trata da verificação empírica da existência de consenso efetivo, mas sim de um mecanismo que "rege-se sobre uma supervalorização do consenso efetivamente disponível". DE GIORGI, R. Scienza del diritto..., p.221.

<sup>15</sup> Para uma abordagem completa consultar LUHMANN, N. Sociologia I..., p.42-109.

face a esse problema, da generalização de expectativas incompatíveis entre si, que o direito constitui sua função. Com estas breves colocações, podemos agora passar ao estudo comparativo dos mecanismos desenvolvidos pelo sistema social da sociedade (e, pois, pelo sistema social do direito), numa perspectiva dinâmica, tendo em vista a evolução social, para realizar esta função.

Nas sociedades arcaicas, goza de primazia a forma da diferenciação segmentária, isto é, a sociedade se diferencia em sistemas parciais iguais entre si, segundo o critério do parentesco e/ou da territorialidade. Todas as funções sociais encontram sua base, sua sustentação social na proximidade do parentesco. O que é importante observar é que tal princípio estrutural é auto-evidente e determina a ausência de alternativas.

Na formação do direito arcaico, importa ressaltar a função expressiva, de salvaguarda das expectativas frustradas, da afirmação do direito, que surge na reação do frustrado, ligando-se estreitamente ao recurso à força física<sup>16</sup>. Em tais sociedades, vale o direito do mais forte.

O direito é concebido de forma concreta, ligado às circunstâncias do caso, sendo afirmado de forma absoluta e priva de alternativas (o direito da tribo é vivenciado como o único possível, como o direito em si), e **sem referência a processos de decisão** em caso de dúvida. O direito não é sentido como algo disponível, e vincula os deuses e os homens.

Nestas sociedades, os diversos mecanismos da evolução não são diferenciados: embora a normatização objetive a segurança das expectativas na dimensão temporal, não se distingue entre normas e comportamentos; o modo de seleção daquilo que deve valer como direito tem prevalentemente caráter de

---

<sup>16</sup> Idem, p.185-186.

luta (princípio da represália); e o direito é estabilizado muito concretamente na auto-afirmação das expectativas normativas<sup>17</sup>.

Embora a estrutura destas sociedades não excluísse totalmente as inovações, não é predisposta nenhuma condição de possibilidade em relação a esta. Há uma restrição das possibilidades de variação.

A inicial diferenciação funcional da sociedade, através da distinção de centros particulares para a atividade econômica, para os assuntos religiosos..., faz crescer a complexidade e a variabilidade da sociedade e, por isso, o sistema se torna inovativo sob o plano estrutural<sup>18</sup>.

A passagem para o direito cultivado é possibilitada em razão do desligamento da dominação política das relações de parentesco, e na sua constituição relativamente autônoma. A diferenciação de papéis especificamente político-administrativos é condição para a introdução de processos decisórios em questões jurídicas<sup>19</sup>.

Através da transformação do primado da diferenciação social, da segmentarização à estratificação, segundo a qual é tarefa da classe superior elaborar as semânticas referentes ao *status* da inteira sociedade, torna-se possível um desempenho decisório "expectável", que não funcione apenas ocasionalmente. Nestas sociedades, vale o direito do "melhor" (direito do privilégio).

A conquista evolutiva decisiva para o âmbito jurídico reside na institucionalização do procedimento judicial, que se constitui num sistema de interação de tipo especial, cuja função consiste em determinar a decisão de uma disputa jurídica, desta forma substituindo a luta arcaica pelo direito por um

---

<sup>17</sup> Em linhas gerais estas considerações seguem a proposta de LUHMANN, N. Evoluzione dei diritto, p.35-60.

<sup>18</sup> Idem, p.54-55.

<sup>19</sup> Segundo LUHMANN, N. Sociologia I, p.198-199.

mecanismo que apresenta maior capacidade seletiva, podendo enfrentar o problema do aumento da complexidade e da contingência sociais. Através do estabelecimento destes procedimentos, é possibilitada a reflexividade do mecanismo de institucionalização: é outorgada institucionalmente aos juízes a tarefa de institucionalizar expectativas através de suas decisões.

Com a crescente complexidade da sociedade, multiplicam-se as expectativas normativas incongruentes, e a forma da seleção do direito é transformada, pois a projeção normativa do desiludido é canalizada no interior do sistema de interação procedimental, sendo traduzida na forma de simples afirmações, objetivada como tema do procedimento e avaliada segundo critérios pré-existentes<sup>20</sup>.

Porém, nem todo o direito se apresenta como passível de decisão no âmbito do procedimento. Suas bases estão protegidas institucionalmente contra modificações através de decisões. Embora a dominação política seja inserida como vinculada ao direito, a ela não é atribuída a responsabilidade pela sua geração e alteração correntes<sup>21</sup>.

De acordo com LUHMANN, podemos denominar este núcleo básico do direito, invariável, indisponível, de direito natural. Por inexistir a completa diferenciação funcional entre a moral e o direito, a ordem do mundo é concebida em termos jurídico-morais. A aplicação do direito exerce função simbólico-expressiva de ativação e confirmação da lei do mundo<sup>22</sup>.

Em razão da incompleta diferenciação funcional entre o direito e a ciência, aquele é concebido como verdade. O direito como um todo tem uma vigência baseada na verdade, na implementação sagrada ou na tradição, nunca

---

<sup>20</sup> Seguindo a LUHMANN, N. *Evoluzione del diritto*, p.43-44.

<sup>21</sup> LUHMANN, N. *Sociologia...*, p.218-219.

<sup>22</sup> *Idem*, p.220.

constituindo um direito construído e modificável. O caráter jurídico das leis é proveniente de bases extra-jurídicas, e não delas mesmas<sup>23</sup>. Porém, o que é relevante evolutivamente nesta concepção do direito natural, é o fato de que não mais todo o direito é referido ao passado, à tradição; a ele é concebido um âmbito parcial de possibilidade de ser diverso<sup>24</sup>.

O mecanismo seletivo do direito, através dos procedimentos decisoriais, é limitado por essa subordinação a um direito superior. O direito adquire formas de estabilização que, em tais procedimentos, respeitam os limites da "avaliação racional" das possibilidades. *"A essência do direito deve ser expressa mediante hipóteses, as quais possuem a função de reduzir as possibilidades de decisão a um formato suportável"*<sup>25</sup>.

A idéia de uma hierarquia de fontes do direito facilitou a estabilização da variabilidade hierarquicamente estruturada do direito através da legislação. Embora esta, nos primórdios, constituísse instrumento de exposição do direito existente, a noção de vinculação a um direito superior servia como esquema de mobilização discreta das condições. Preparava-se a separação entre direito e religião, da tradição à transcendência, e a idéia da criação divina do direito fazia com que ele parecesse contingente, tendo apenas que ser transposto ao sujeito, à razão, ao legislador<sup>26</sup>.

Com o primado da forma da diferenciação funcional, aumenta a possibilidade de variação das maneiras do experimentar e do agir humanos, que não são mais integráveis por meio de crenças comuns ou por fronteiras externas da sociedade como um todo. Os principais problemas da sociedade

---

<sup>23</sup> Ibidem, p.228-230.

<sup>24</sup> LUHMANN,N. La positività del diritto come presupposto di una società moderna. In: La differenziazione del diritto, p.112.

<sup>25</sup> LUHMANN,N. Evoluzione del diritto, p.55.

<sup>26</sup> LUHMANN,N. Sociologia I ...,p.231-232.



especificam a formação de sistemas parciais, para tanto funcionalmente diferenciados.

Com isso, modifica-se a forma de vigência do direito, em direção à plena positivação, e o estabelecimento do direito, enquanto legislação, torna-se um questão de rotina para o Estado. Estabiliza-se a improbabilidade evolutiva maior: a institucionalização do risco da irrestrita possibilidade de alteração do direito. Qualquer matéria pode tornar-se direito; está institucionalizada a aleatoriedade dos conteúdos jurídicos. O direito estabiliza-se como premissas normativas para decisões, as quais também podem ser objeto de decisões; seu surgimento e função residem no processo decisório. Ele não é mais a ordem do mundo<sup>27</sup>.

Para a emergência desta situação, não é suficiente a instauração juridicamente formal do processo (o que já ocorrera no direito cultivado); a intenção de modificar o direito não pode parecer um ato ilegal de desobediência. A canalização e a seleção prévias das mudanças têm que ser realizadas politicamente e mantidas dentro dos limites do suportável. Somente com a plena diferenciação entre sistemas jurídico e político, é possível instituir uma política ordenada em alternativas para a permanente alteração das leis<sup>28</sup>.

Estas breves considerações foram feitas para esclarecer como a teoria da evolução delineada na teoria da sociedade de LUHMANN e DE GIORGI oferece subsídios valiosos para a análise das condições que tornaram possível a aquisição evolutiva altamente improvável do direito positivo da sociedade moderna. Através de tais concepções podemos observar, também, que o desenvolvimento do direito não deve ser visto como a transformação das

---

<sup>27</sup> Idem, p.238.

<sup>28</sup> Ibidem, pp.232-234. Indicaremos, mais adiante, o acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistema político através da constituição.

sociedades "sem direito", para sociedades "com direito". É inevitável associarmos a isto as noções de HART<sup>29</sup> a respeito da passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico, pela introdução das regras secundárias de alteração, julgamento e reconhecimento. Para LUHMANN, trata-se de considerá-las não como momentos iniciais do direito, mas como aquisição de conquistas evolutivas improváveis, que possibilitaram a paulatina diferenciação e autonomização funcional do direito.

Qual a relação, então, entre a plena diferenciação funcional do sistema societário e a positividade do direito? Podemos dizer, seguindo LUHMANN e DE GIORGI, que se trata de uma ligação de interdependência recíproca. Como mencionamos acima, é a separação de âmbitos funcionais distintos para o tratamento dos principais problemas da sociedade que possibilita a positividade do direito, com os altos riscos que ela acarreta devido a sua imanente contingência. Ao mesmo tempo, podemos mencioná-la como um dos pressupostos para a consolidação da diferenciação funcional, pois o direito positivo efetua prestações imprescindíveis para a estabilização dos demais sistemas parciais da sociedade. É neste sentido que LUHMANN refere-se à positividade do direito como pressuposto de uma sociedade moderna<sup>30</sup>.

É mister estabecermos o conceito de positividade na ótica luhmanniana, sendo necessárias algumas modificações na concepção prevalente na tradição do pensamento jurídico.

A positividade do direito realiza a prestação, aparentemente paradoxal, que consiste na *"institucionalização das expectativas de comportamento como indisponíveis a aprender e, ao mesmo tempo, como capazes de adaptação,*

---

<sup>29</sup> HART, H. O conceito de direito. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961.

<sup>30</sup> LUHMANN, N. La positività..., p.103-146.

*como invariantes e variáveis ao mesmo tempo*"<sup>31</sup>. Isto significa que são utilizadas estratégias normativas e cognitivas de estabilização das expectativas. Não se trata, porém, de colocar em dúvida que o direito se situe no âmbito das expectativas normativas; enquanto norma, ele objetiva a estabilização, resistente às desilusões, das expectativas comportamentais.

Problema fundamental de qualquer sistema parcial (econômico, político, educativo...) consiste nas estratégias para a combinação de abertura e fechamento sistêmicos. Vimos, no capítulo II, como a linguagem possibilita esta combinação. No âmbito jurídico, a positividade possibilita o funcionamento de um refinado mecanismo que permite a combinação da normatividade e da cognição, do fechamento normativo e da abertura cognitiva do sistema<sup>32</sup>. Retomaremos esta questão mais detidamente a seguir.

Direito positivo é aquele estatuído e vigente por força de decisões<sup>33</sup>. Mas o que significa que o direito vale por força de uma decisão? Isto não implicaria numa aproximação ao positivismo jurídico clássico, que considerava como fonte do direito o comando do legislador (pensemos, por exemplo, em AUSTIN) ou a própria lei (a dinâmica do normativismo kelseniano)? Analisemos mais cuidadosamente a concepção luhmanniana.

É preciso não confundir os planos da gênese e da validade do direito, da origem causal do seu conteúdo e dos motivos da sua força vinculativa. O critério da positividade não está numa suposta "fonte" do direito (a onipresente vontade do legislador), mas na sua experimentação constante e atual (vigência) referida

---

<sup>31</sup> Idem, p.107.

<sup>32</sup> Talvez seja elucidativo mencionar, a título de exemplo, como é resolvido tal problema pelo sistema econômico: através dos pagamentos é garantido o fechamento do sistema, enquanto que a referência a necessidades (que são o substrato dos pagamentos) garante a abertura sistêmica para o seu ambiente.

<sup>33</sup> Definição de LUHMANN, N. Sociologia do direito II. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.10.

à decisão, como escolha dentre outras possibilidades não atualizadas, mas que permanecem disponíveis no horizonte da experimentação e da ação. Trata-se de sentir o direito como essencialmente contingente, produto da seleção operada pelos procedimentos jurídicos (principalmente a legislação e a jurisdição).

A classificação das famosas fontes do direito nada mais é do que a construção de um observador (o jurista dogmático), que atribui a produção do direito aos procedimentos decisoriais. Porém, para um observador de 2ª ordem (na esfera da teoria da sociedade), é claro que o direito não surge da pena do legislador ou do juiz. Os procedimentos decisoriais visam a selecionar normas como direito; trata-se de um filtro por onde passam as pretensões normativas que circulam na sociedade, sendo conferida a algumas delas a marca jurídica.

Em breves palavras, então, *"o direito vale positivamente apenas quando a decidibilidade e, pois, a mutabilidade do direito torna-se permanente atuabilidade, e pode ser suportada enquanto tal"*<sup>34</sup>.

Na dimensão temporal da constituição do sentido, a positividade permite um tratamento contraditório das estruturas cognitivas e normativas, aumentando consideravelmente a complexidade estruturada do sistema. Uma norma que é válida hoje pode não sê-lo amanhã, e assim sucessivamente. Da mesma forma na dimensão material: qualquer conteúdo pode adquirir validade jurídica. Não existe mais a pré-seleção de um direito natural, que ordena quais conteúdos podem se transformar em direito. Na dimensão social, a possibilidade empírica do consenso generalizado não é factível. Mais do que nunca, a positivação baseia-se na institucionalização do consenso presumido, na legitimação obtida nos procedimentos decisoriais.

---

<sup>34</sup> Segundo LUHMANN, N. *La positività*...p.116. (grifamos)

A implausibilidade do direito positivo consiste exatamente nesta prestação: *"o direito é tornado válido através de decisões; qualquer conteúdo pode obter validade jurídica; e a própria decisão que possibilitou tal normatização pode privar-se de sua validade"*<sup>35</sup>.

Porém, sob quais condições o sistema do direito é capaz de produzir mudanças estruturais freqüentes, sem prejudicar a sua continuidade? Como pode a sociedade correr os riscos inerentes à positividade do direito? Tendo sido afastado o recurso à fundação do direito natural, para LUHMANN a estabilidade e a validade do direito positivo baseia-se num princípio de variação: *"é a própria alterabilidade do direito que é o fundamento para sua estabilidade e validade"*<sup>36</sup>.

Se o direito positivo é posto por uma decisão, o conceito de positividade deve ser baseado numa teoria dos procedimentos decisoriais envolvidos. A positividade pode ser "suportada enquanto tal" graças à ampliação das possibilidades de controle da consistência das decisões (a "justiça" do sistema) alcançada pela institucionalização de mecanismos reflexivos<sup>37</sup>. A diferenciação funcional abre caminho para a estabilização da reflexividade na medida em que isola núcleos significativos que podem ser aplicados a eles mesmos ou a processos do mesmo tipo. A nível do sistema jurídico, isto significa que a própria decisão a respeito da mudança ou da manutenção do direito torna-se objeto de decisão.

A estabilidade do sistema é garantida, então, pela reflexividade dos mecanismos de seleção do direito. Isto implica na existência de normas procedimentais, que regulem o procedimento decisório. A estabilidade não se

---

<sup>35</sup> De acordo com LUHMANN, N. Positive law and ideology. In: The differentiation of society, p.94.

<sup>36</sup> Idem, p.94.

<sup>37</sup> Idem, p.100-102.

refere a manutenção de valores ou finalidades, de normas superiores, mas à utilização das normas procedimentais de maneira uniforme no curso do procedimento que elas regulam.

As possibilidades de um processo ser bem sucedido aumentam se ele se torna reflexivo, isto é, se ele é aplicado a ele mesmo ou a processos semelhantes antes de cumprir sua função. Trata-se de um aumento da capacidade seletiva que possibilita ao processo enfrentar uma maior complexidade. Isto torna-se claro no sistema jurídico se atentarmos para o fato de que um maior número de decisões podem ser tomadas se podemos decidir primeiramente quais decisões serão permitidas. Voltaremos sobre esta questão quando falarmos da diferença entre decisões programantes e decisões programadas.

Podemos colocar, agora, novamente a questão que é o "fio condutor" da nossa exposição: como ocorre a autonomização do direito na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada? Desta surgem, inevitavelmente, outras perguntas: a referência ao direito é sinônimo de referência às normas? Quais as comunicações que fazem parte do sistema jurídico?

O fato de termos mencionado a palavra comunicação possui um propósito claro: ressaltar que os elementos constitutivos do sistema jurídico, que é um sistema social, são as comunicações. E é no quadro desta *autopoiesis* interna à *autopoiesis* que buscaremos descrever como o direito se diferencia enquanto sistema parcial da sociedade, em orientação a uma específica função.

De início, podemos asseverar que o direito não pode ser reduzido as suas organizações: tribunais, parlamentos, repartições em geral. Sem dúvida que, preponderantemente, a atividade jurídica de estabelecimento de decisões vinculativas é exercida nestes centros. Porém, os limites do sistema são muito mais amplos. Eles abraçam o lícito e o ilícito, comportamento conforme ao

direito e comportamento que o viola. O sistema jurídico encontra sua identidade na orientação a esta diferença<sup>38</sup>. Mais claramente: "*o sistema é constituído por toda a comunicação social que é formulada com referência ao direito*"<sup>39</sup>.

A formação de qualquer sistema é possível graças à restrições (*constraints*) operadas nos processos de comunicação. Isto significa que o processo de diferenciação do direito pressupõe restrições já disponíveis em forma de direito, que permitem dois usos diversos na comunicação: o primeiro concerne à possibilidade de tematizarmos ou não um conteúdo comunicativo em relação ao direito (*inputs* dos casos), em relação ao qual o direito não possui capacidade de controle, sendo mera causa passiva, ou seja, podendo manter disponível sua capacidade para ser citado, mas sem determinar se tal ocorrerá; o segundo modo de disposição sobre restrições juridicamente válidas diz respeito à relação com as normas no plano material, que podem ser objeto de interpretação, aumento, modificação (*inputs* das premissas decisoriais)<sup>40</sup>. A possibilidade de jurisdicização ou não é confrontada com a possibilidade de determinação do conteúdo da norma. A tese luhmanniana é de que a sucessiva separação e recombinação destes dois mecanismos de tratamento do direito como contingente ativam a diferenciação do sistema.

A completa diferenciação do sistema jurídico é alcançada com a positividade do direito, pois esta possibilita a combinação de estruturas normativas e de estruturas cognitivas, no âmbito normativo do direito. Esta estratégia é desenvolvida graças à diferenciação de dois mecanismos no interior do sistema jurídico, quais sejam, a programação condicional e a codificação binária. Através da descrição do funcionamento deles, estaremos

---

<sup>38</sup> Segundo LUHMANN, N. *Differenziazione del sistema giuridico*. In: *La differenziazione del diritto*, p. 62.

<sup>39</sup> LUHMANN, N. The autonomy of the legal system. In: *The differentiation of society*, p.122.

<sup>40</sup> Segundo LUHMANN, N. *La differenziazione del sistema giuridico*, p.67.

aptos a compreender a *autopoiesis* do sistema jurídico, que toma a forma de produção e reprodução do direito, "*de transferência da qualidade da validade normativa para parcialmente novas expectativas*"<sup>41</sup>.

#### **4.2. A auto-reprodução do sistema-jurídico**

Quando descrevemos, no capítulo III, as formas da diferenciação social, afirmamos que, para LUHMANN e DE GIORGI, a diferenciação funcional de um sistema é possível graças à orientação a uma função e à estruturação interna na forma de uma codificação binária que orienta as suas operações. É mister, então, analisarmos tais condições à luz do sistema social do direito. De início, focalizaremos os aspectos concernentes à codificação binária do direito, juntamente com a problemática referente à forma assumida pelo direito positivo, isto é, a programação condicional. Ato contínuo, passaremos ao estudo da função do direito na sociedade moderna.

Inicialmente, é necessário frisar, mais uma vez, que a sociedade não pode ser descrita em termos meramente corporativos. Por isso, a diferença inicial que delimita o campo da observação possível do sistema jurídico não pode ser aquela entre burocracia e público, ou entre profissional e cliente. Tal descrição seria extremamente redutora, pois estas distinções não servem a determinar os limites do sistema em relação ao seu ambiente social; elas se constituem em distinções internas ao sistema, e embora possam assumir grande relevância na análise de vários problemas, não permitem a descrição da diferenciação do direito.

Outra noção que importa esclarecer diz respeito aos elementos do sistema jurídico: o fato de ser um sistema normativo não significa que ele é constituído

---

<sup>41</sup> LUHMANN, N. The unity of the legal system. Autopoietic Law: a new approach to law and society. New York: De Gruyter, 1987. p.17.



por normas, entendidas como conteúdo do dever ser. A normatividade, no contexto da teoria da sociedade, está relacionada com a manutenção das expectativas comportamentais em termos contrafáticos. A tese da normatividade do direito, para LUHMANN, significa que o sistema utiliza "*auto-referência normativa para se auto-reproduzir e para selecionar informações*"<sup>42</sup>.

A comunicação desta intenção de não aprender utiliza expressões como "ter que" ou "dever". Porém, esta mera referência à normatividade da expectativa não é suficiente para fechar o sistema, por que existem muitas normas não-jurídicas<sup>43</sup>. Qual é a especificidade, então, da normatividade jurídica? Trata-se de uma questão recorrente na história da filosofia do direito. Conhecemos a resposta da teoria pura do direito kelseniana (*Teoria Pura do Direito*), que, através da distinção entre direito e ciência do direito, afirma a possibilidade de um conhecimento científico do objeto direito, isento de componentes morais. De outra parte, HART (*O Conceito do Direito*) procura analisar as especificidades da obrigação jurídica e daquela moral. Enquanto que, na área da argumentação jurídica, ALEXY (*Teoria da Argumentação Jurídica*) busca a possibilidade da justificação racional das decisões jurídicas, fazendo apelo a postulados da razão prática.

Para LUHMANN, o que distingue a normatividade jurídica de outros tipos de normas, como por exemplo as morais e as religiosas, é a especificidade de seu código binário e o modo como combina o fechamento (normativo) e a abertura (cognitiva). Qual a estratégia utilizada pelo sistema jurídico para utilizar orientações normativas e cognitivas? Como pode ele saber quando deve

---

<sup>42</sup> Segundo LUHMANN, N. The self-reproduction of the law and its limits. Autopoiesis in law and society. Florença: European University Institute, 1984. p.5.

<sup>43</sup> Para uma análise dos diversos jogos de linguagem utilizados no âmbito jurídico, com especial atenção para a distinção entre obrigação jurídica e obrigação moral, consultar HART, H. O conceito de direito, p.182-199.

aprender ou quando não deve?

Podemos colocar a questão em termos mais precisos: a referência a qual símbolo permite reconhecer o fechamento normativo do direito, no sentido de que não há *outputs* ou *inputs* de normas jurídicas entre o sistema e seu ambiente? Trata-se de trazermos para a esfera do direito os conceitos gerais desenvolvidos nos capítulos anteriores. E, mais precisamente, da concepção do direito positivo como sistema auto-referente, normativamente fechado e cognitivamente aberto.

O fechamento operacional significa que todas as operações sempre reproduzem o sistema. E ele é normativo na medida em que apenas o sistema confere normatividade aos seus elementos. A circularidade das operações sistêmicas é estabelecida pela referência à arquitetura normativa válida do direito, movida pelos programas de decisão (da legislação ao contrato), com conteúdos sempre variáveis. A circularidade das operações poderia ser enunciada assim: "*decisões são legalmente válidas apenas em base de normas por que tais normas são válidas apenas quando implementadas por decisões*"<sup>44</sup>.

Esta concepção luhamnniana de que o fechamento do sistema é reconhecido através da utilização da marca da validade poderia sugerir proximidade às noções da *Gründnorm* de KELSEN ou da *rule of recognition* de HART, como hipóteses de uma norma básica que constitui fonte de validade das demais normas do ordenamento jurídico.

Várias diferenças são apontadas entre as concepções kelseniana e hartiana, neste particular<sup>45</sup>. A concepção de LUHMANN pareceria aproximar-se

---

<sup>44</sup> LUHMANN, N. *The auto-reproduction of the law*.... p.6.

<sup>45</sup> Para uma indicação detalhada destas diferenças, consultar KOZICKI, K. H.L.H. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Florianópolis, 1993. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em direito, Universidade Federal de Santa Catarina. (inédito) p.90-95.

mais a de HART, pois neste a regra de reconhecimento permite a identificação, na prática, das normas primárias de obrigação, funcionando como fundamento de validade na medida em que permite a determinação das normas que pertencem ao sistema. Porém, para LUHMANN, a observação (reconhecimento) do fechamento do sistema mediante a utilização do símbolo da validade não é suficiente para explicar como é produzido este fechamento.

Na reprodução de cada elemento o sistema deve ser capaz de determinar se certas condições (fatos) ocorreram ou não. Isto significa que eventos especiais dentro do sistema (procedimento decisório judicial) são ativados somente se ocorreram determinados fatos (é o que a dogmática jurídica denomina "concretização do suporte fático"). Parafraseando a famosa definição, no campo da cibernética, de ASHBY, o sistema do direito é aberto cognitivamente para as informações e fechado para o controle normativo<sup>46</sup>.

Os sistemas autopoieticos operam de maneira recursiva, ou seja, são simetricamente estruturados. Cada elemento adquire a qualidade normativa (validade) na rede autopoietica. Em termos de normatividade, existe simetria mesmo em relação à lei e à sentença judicial. Não existem hierarquias normativas. Esta concepção permite-nos apontar a insuficiência da teoria pura de Kelsen (*Teoria Pura do Direito*) no que tange à introdução da norma fundamental como pressuposto de validade e unidade do sistema, como uma semântica de fusão entre normatividade e cognitividade, entre dever ser e ser<sup>47</sup>. Mesmo em relação às normas primárias e secundárias do sistema de HART (*O Conceito de Direito*), deve-se ressaltar que se trata sempre de esferas que

---

<sup>46</sup> Apud LUHMANN, N. The auto-reproduction of the law..., p.4.

<sup>47</sup> Para a crítica à incapacidade kelseniana de seguir o seu postulado básico da separação entre juízos de valor e juízos fácticos, especialmente no que tange à norma fundamental, ver LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. Tradução por José Lamego. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p.87-88.

possuem a mesma qualidade normativa, sob pena de que o suporte fornecido pelas regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento residisse no campo extra-jurídico. No caso de ALEXY (*Teoria da Argumentação Jurídica*), não é tampouco precisa a separação entre direito e moral, devido à necessidade de fundamentação do discurso jurídico através do recurso aos princípios da razão prática.

Porém, como a pura simetria conduz à tautologia, é mister a introdução de assimetrias para a operacionalidade do sistema. Isto ocorre através de orientações cognitivas. Significa que a auto-referência do sistema jurídico (como, aliás, de todos os sistemas autopoieticos) implica sempre em auto-referência concomitante, ou seja, auto-referência no que tange às normas, e hetero-referência no que se refere aos fatos (informações).

Quais são os mecanismos que diferenciam e recombina orientações cognitivas e normativas? Segundo LUHMANN, trata-se da programação condicional e da codificação binária.

O condicionamento significa que eventos especiais (como, por exemplo, decisões) dentro do sistema são ativados apenas se determinados outros eventos são realizados, isto é, "*são condicionados por informações pré-programadas*"<sup>48</sup>.

Os programas condicionais, considerados como normas, não são invalidados pelos comportamentos desviantes. Para a sua aplicação, é requerida capacidade para lidar com informações e para aprender (por exemplo, terá o acusado matado a vítima?). Trata-se de um mecanismo, então, que permite a combinação de orientações cognitivas e normativas.

Qual a forma básica destes programas condicionais<sup>49</sup> através dos quais se

---

<sup>48</sup> LUHMANN, N. *The auto-reproduction of the law...*, p. 11.

<sup>49</sup> Além dos programas condicionais, existem os programas finalísticos. Nestes, a seleção de uma resposta como invariante é

estabiliza o direito positivo? Poderíamos enunciá-los da seguinte maneira: "se forem preenchidas determinadas condições (se for configurado um conjunto de fatos previamente definidos), então deve-se adotar uma determinada decisão"<sup>50</sup>. Através deste esquema se/então, a contingência dos comportamentos é combinada com a contingência da sanção (ou imposição do direito). Somente assim a alta complexidade pode ser convertida em decisões congruentemente expectáveis.

Ocorre uma simplificação do processo decisório, pois aquele que decide somente precisa conhecer seu programa (e, eventualmente interpretá-lo), para então verificar se as informações nele previstas existem ou não. Os problemas interpretativos da atividade judicial e da dogmática consituem-se em pontos de abertura cognitiva do sistema. A capacidade cognitiva de tais instrumentos pode ser amplificada através da aplicação de mecanismos reflexivos às técnicas argumentativas, isto é, argumentar sobre o modo da argumentação. A atribuição de possibilidades de abertura do sistema propiciada por estas atividades explica o lugar central ocupado pela discussão referente aos limites da interpretação jurídica, com especial ênfase no revigoramento da tradição tópico-retórica, presente atualmente nas teorias da argumentação jurídica, nas suas diferentes matrizes<sup>51</sup>.

Esta delimitação é apoiada pela divisão de sistemas processuais especiais para a execução dos programas, cabendo ao legislador decidir-se, segundo critérios de oportunidade, sobre a criação ou mudança de programas condicionais. Desta forma, em relação à aplicação dos programas condicionais,

---

mantém constante uma determinada causa que, sempre que ocorra, deve disparar um particular tipo de ação. Sobre o tema consultar Luhmann, *The differentiation of society*, 110-113.

<sup>50</sup> De acordo com LUHMANN, N. *Sociologia do direito II*, p.28.

<sup>51</sup> Dentre outros autores, é bastante elucidativa a obra de ALEXY, citada anteriormente.

existe um alívio da responsabilidade com relação às conseqüências da decisão.

*"A sustentação da decisão não é uma relação valorativa entre as conseqüências, mas a própria vigência da norma"<sup>52</sup>.*

Quando observamos os procedimentos de seleção do direito vigente, é possível constatar que eles estão distribuídos segundo uma divisão de trabalho na qual algumas decisões funcionam como premissas para outras. É neste sentido que LUHMANN refere-se à diferenciação entre a legislação e a adjudicação do direito, como formas de atribuição da produção do direito, segundo perspectivas distintas.

Trata-se de outra estratégia para assegurar a estabilidade social diante da constante variação estrutural do direito positivo. A estrutura, como pré-seleção das comunicações possíveis, não pode ser problematizada nos processos que estrutura, sob pena do não cumprimento de sua função seletiva. Porém, isto não significa que ela não possa ser questionada em outras instâncias. É o que ocorre nos procedimentos legislativos e nos procedimentos judiciais.

Qual a função desta distinção? Através da variabilidade estrutural garantida pela positividade, a complexidade do direito aumenta consideravelmente. Desta forma, a fim de reduzir tal complexidade a bases passíveis de ação, devem ser empregados estes dois tipos de procedimentos decisoriais diversos que, no contexto da teoria da organização, são denominados de decisões programantes e decisões programadas<sup>53</sup>.

O primeiro opera de frente a uma complexidade indeterminada, com a função de elaborar programas decisoriais que selecionem o âmbito possível das decisões futuras, sem, porém, determiná-las. Já mencionamos a função dos programas, que são generalizações na dimensão material que condensam o

---

<sup>52</sup> LUHMANN, N. Sociologia do direito II, p.31.

<sup>53</sup> Idem, p.34-42.

sentido em regras decisórias, cujas condições de aplicabilidade são especificadas<sup>54</sup>. Através da programação, a aprovação institucional de uma regra pode ser transferida para a aprovação da ação: "*uma ação que corresponde ao programa é **correta***"<sup>55</sup>.

Referimos anteriormente que a possibilidade de alteração do direito através da legislação foi a maior aquisição evolutiva do direito positivo em relação ao direito cultivado. "*O legislador é o destinatário dos desejos de mudança, da instância de aprendizagem institucional no direito*"<sup>56</sup>.

No âmbito das decisões programadas, os programas elaborados pelo legislador são assumidos como premissas, não sendo mais problematizados. A reconstrução da decisão programante, em alguns casos necessária, assume o caráter de interpretação. Nesta esfera decisional, o juiz, na medida em que são violadas expectativas normativas, deve se comportar como desapontado, como não disposto a aprender.

No estágio atual do desenvolvimento do direito, é indubitável que as funções programantes do legislador não podem captar integralmente o sentido do direito vigente, no sentido de que nem todo o direito pode ser estabilizado na forma da lei. Porém, isto não conduz ao reconhecimento de normas ou princípios invariantes do direito, mas a uma nova acentuação do direito dos juízes, agora no terreno da positividade<sup>57</sup>.

A estrutura que organiza a *autopoiesis* do sistema jurídico, a rede recursiva da reprodução de expectativas normativas com referência a expectativas

---

<sup>54</sup> De acordo com LUHMANN, N. Sociologia do direito I, p.102-103. Sobre a forma da programação do direito positivo, falaremos a seguir.

<sup>55</sup> Idem, p.103 (grifado no original).

<sup>56</sup> LUHMANN, N. La positività del diritto..., p.128.

<sup>57</sup> LUHMANN, N. Sociologia do direito I, p.235-236.

normativas, mediante a combinação de auto-referência e de hetero-referência, é o seu código binário, isto é, a contínua necessidade de decidir entre direito e não direito. Trata-se de uma regra de duplicação interna ao sistema, e não de uma norma, pois tal concepção conduziria ao paradoxo de base do direito: a aplicação do código a ele mesmo, ou seja, à questão de se a distinção entre lícito ou ilícito é ela mesma lícita ou ilícita<sup>58</sup>.

O código binário (que pode assumir qualquer uma destas denominações: lícito/ilícito, direito/não direito, legal/ilegal) possibilita a delimitação do sistema jurídico, funcionando como regra de atribuição e de conexão. A unidade do sistema não exige o recurso a formas extra-jurídicas (princípios superiores), mas trata-se de uma questão puramente de fato: se a comunicação faz referência à legalidade ou ilegalidade de determinado evento, ela pertence ao sistema jurídico. A atribuição de uma comunicação como pertencente ao sistema normativo do direito, portanto, é uma questão de fato. A participação da comunicação na rede recursiva da auto-reprodução sistêmica depende de suas possibilidades conectivas. Os limites do sistema não devem ser pensados como linhas demarcatórias precisas, que é possível superar ou não, "*mas como zonas com acrescida probabilidade de citação*"<sup>59</sup>.

A tese luhmanniana consiste em que é a diferenciação entre código binário e programa condicional que organiza a *autopoiesis* do sistema jurídico<sup>60</sup>. Pois o sistema deve decidir como alocar os valores do seu código, e para isso são necessárias decisões, as quais requerem a construção de regras normativas - programas - para conectá-las na rede autopoietica.

---

<sup>58</sup> LUHMANN, N. El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho, p.89-91.

<sup>59</sup> LUHMANN, N. La differenziazione del sistema giuridico, p.78.

<sup>60</sup> LUHMANN, N. The coding of the legal system. Conference Materials: Autopoiesis in Law and Society. Florença: European University Institute, 1984. p.38. (manuscrito)



O sistema codifica a si mesmo através de uma duplicação de valores de acordo com um esquema positivo/negativo. Trata-se da introdução de uma assimetria que possibilite a operacionalidade do sistema. Este esquema valorativo, segundo o qual o sistema opera, não é retirado do ambiente, isto é, não existe nenhuma qualidade ontológica nos valores positivo e negativo do código. A correção da alocação do valor licitude ou ilicitude aos fatos é da competência dos programas.

Através da codificação, amplia-se o espaço contingente da decisão. A contingência está em que tudo o que ocorre de fato pode ser direito ou não direito. O universalismo do sistema jurídico, no sentido da realização de sua função para o sistema global da sociedade, é baseado nesta codificação binária, e não na validade de uma norma fundamental ou de leis morais superiores.

O sistema se reproduz através da continuação das operações codificadas, mediante a indicação dos valores positivo ou negativo. O que é importante salientar é que são excluídos terceiros valores, como, por exemplo, o valor justiça. A questão do direito e do não-direito deve ser decidida entre eles pelo próprio direito positivo.

Evita-se, desta maneira, a *policontextualidade*. Numa sociedade funcionalmente diferenciada em base á codificações binárias específicas, isto quer dizer que cada código rejeita a forma dos demais. "*O que é rejeitada é a criterialidade dos códigos dos outros sistemas para o sistema que opera, e não a relevância de seus valores*"<sup>61</sup>.

Tais valores representam apenas diferentes capacidades de conexão entre os elementos da *autopoiesis* sistêmica. Mesmo que o sistema possa estabelecer

---

<sup>61</sup> Idem, p.18.

o direito tão facilmente quanto o não-direito, e isto ocorre sempre fazendo-se referência ao contra-valor (tal fato é lícito por que não é ilícito, ou é ilícito por que não é lícito), não é irrelevante a determinação da licitude do evento. Pois a sociedade atribui maior capacidade conectiva ao valor positivo.

Visto que não existe nenhuma preferência na indicação do valor positivo ou negativo a nível da operacionalidade do código, por que deveria o lícito não ser ilícito e o ilícito não ser lícito? Ao invés de recorrermos a bases extra-jurídicas, de direito natural, LUHMANN indica a função dos programas, os quais denotam regras que indicam a alocação dos valores do código à situações fácticas de uma forma correta para o sistema.

O código binário direito/não direito é indispensável e imodificável para o sistema jurídico, pois através dele é organizado o espaço (sempre contingente) das futuras decisões, e apenas ele é apto a instrumentalizar o sistema no cumprimento de sua função (social). Não se trata, portanto, da determinação da conduta correta ou incorreta: esta é a função dos programas.

Estes são competentes para a determinação, em cada caso, da licitude e da ilicitude, sem nenhuma preferência secreta pelo lícito em relação ao ilícito<sup>62</sup>. Normas constitucionais, leis ordinárias, regulamentos, sentenças judiciais, contratos..., todos são programas decisoriais especializados nesta função. Como as considerações acerca de valores são delimitadas pelo código binário (que exclui terceiros valores), ao nível da constituição dos programas (logo, no âmbito das decisões programantes) podem ser considerados, indiretamente, outros valores. Toda a pressão para a modificação do direito positivo recai sobre os programas. Para fazer frente a isto, eles apresentam as características de vagueza e labilidade; e aqui podemos perceber por que, na aplicação destes

---

<sup>62</sup> Ibidem, p. 39.

programas, surgem grandes dificuldades na chamada interpretação do direito<sup>63</sup>. Através da combinação entre código e programas, a produção da contingência se realiza de uma maneira invariante, tornando possível a decidibilidade das questões jurídicas.

Aqui podemos correlacionar esta problemática com a noção introduzida acima referente à possibilidade de jurisdicização ou não dos temas da comunicação. Através da utilização do código, a comunicação é jurisdicizada, e os limites do sistema são expandidos. Esta é a resposta luhmanniana à necessidade de uma norma fundamental que confira unidade ao sistema: através do código binário o sistema se identifica e se diferencia do seu ambiente, e sua unidade é produzida e reproduzida na rede recursiva de sua *autopoiesis*.

Até o presente momento cumprimos parcialmente o nosso objetivo no presente capítulo: descrever como o direito positivo se diferencia dos demais subsistemas existentes no seu ambiente social. Neste sentido, a especificação de seu código binário ocupa uma posição de relevo, assumindo, na concepção teórica de LUHMANN e DE GIORGI, o lugar ocupado pelos princípios ou normas fundamentais. Vimos, também, que a forma como se estabiliza o direito positivo é fundamental para a sua auto-reprodução, pois é a diferenciação entre código e programas que organiza a *autopoiesis* sistêmica. Resta-nos, agora, enfrentar mais especificamente (pois já foram dadas algumas indicações) o problema da função do direito, pois é através dela que o direito positivo, como os demais sistemas parciais, se especificam na sociedade moderna.

---

<sup>63</sup> Seguindo uma tradição iniciada pela tópica, as modernas teorias da argumentação procuram enfrentar os principais problemas existentes no âmbito da decisão judicial, principalmente visando a fornecer uma justificação racional destas decisões. Sobre a distinção entre decisão e argumentos, numa ótica diversa destas, consultar LUHMANN, N. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito, p. 100.

### 4.3. A função do direito

A teoria da sociedade possibilitou-nos afirmar, no capítulo referente à diferenciação social, que os sistemas parciais da sociedade, no curso da evolução social, atingem um grau de autonomia operativa, ou seja, tornam-se sistemas autopoieticos, quando se especificam no cumprimento de uma função, sendo para tanto estruturados sob a forma de um código binário. Observamos, também, que o fechamento operativo de um sistema não significa a inexistência de um ambiente; pelo contrário, o fechamento é considerado como condição para a abertura sistêmica.

Ato contínuo, procedemos à descrição do sistema social do direito no âmbito de uma teoria do sistema global da sociedade, focalizando o processo da diferenciação do direito no interior desta sociedade. Para tanto, foram abordadas as questões relativas à programação condicional e à codificação binária. O problema, agora, a ser colocado, diz respeito ao significado da orientação funcional, como requisito da completa autonomia do sistema jurídico.

No capítulo II, mencionamos as diferentes perspectivas de observação de um sistema, que variam segundo o campo de referência escolhido pelo observador: produto da auto-observação do sistema é a reflexão, e sobre isto já tecemos suficientes considerações, ao descrevemos as teorias jurídicas como semânticas da reflexão do sistema do direito; as relações entre sistemas parciais são observadas em termos de prestações, e focalizaremos este aspecto a seguir, quando abordarmos o problema do acoplamento estrutural entre sistemas jurídico e político; por fim, observamos que os subsistemas especializam-se na resolução dos principais problemas do sistema global, como, por exemplo, a necessidade da tomada de decisões vinculantes, mesmo na ausência de consenso efetivo (política), ou a regulação da distribuição de

bens em condições de escassez (economia). A esta relação entre sistema parcial e sociedade, LUHMANN e DE GIORGI denominam de função.

Segundo a concepção teórico-jurídica tradicional, a função do direito consiste no controle social do comportamento, mediante a imposição de sanções negativas (idéia do Estado liberal clássico) ou positivas (idéia do "Welfare State"). Em KELSEN, por exemplo, a função do direito é eminentemente repressiva, pois trata-se de um aparato coativo que alcança o próprio fim mediante a organização de sanções negativas. BOBBIO refere-se à função promocional do direito, como um controle social ativo por parte do Estado, que se preocupa em fomentar ações vantajosas para a coletividade.

A melhor maneira de alcançarmos uma descrição consistente a respeito da estrutura e função do direito é levantarmos, plausivelmente, as questões centrais; a principal delas é a seguinte: face a qual problema que o direito diferencia-se no interior da sociedade? O ponto de partida das teorias tradicionais é a aceitação do "dever ser" de todas as normas como um dado básico do direito. Na perspectiva luhmanniana, *"o paraíso do **Sollen** não é outra coisa que não a estrutura de um sistema social cujas seleções ativam mecanismos condicionais, utilizando a fatualidade dos eventos e dos comportamentos"*<sup>64</sup>.

É tendo em vista o alto grau de discrepância existente entre os modos de funcionamento dos mecanismos de generalização das expectativas nas dimensões temporal (através da normatização), social (por meio da institucionalização) e substantiva (com referência a pessoas, papéis, programas e valores), os quais podem generalizar expectativas incompatíveis, que o direito constitui sua função social. Trata-se de um sistema que utiliza as possibilidades

---

<sup>64</sup> PANNARALE, L. Il diritto e le aspettative, p. 88.

de conflito para a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas<sup>65</sup>.

Definido funcionalmente, o direito não é concebido em termos da constância de uma dada qualidade ontológica do "dever ser", o qual expressa principalmente a expectativa da vigência contrafática da norma, ou seja, o fato de que a vigência da norma é experimentada e institucionalizada independentemente da satisfação efetiva ou não da norma. O sentido do dever ser não é menos fático que o do ser. Segundo LUHMANN, "*toda expectativa é fática ... o fático abrange o normativo*"<sup>66</sup>.

Tampouco é possível concebermos o direito através do recurso ao mecanismo da sanção, que é apenas uma estratégia de estabilização contrafática da norma. Segundo a função enunciada acima, "*o direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas*"<sup>67</sup>. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas comportamentais. Ora, se é possível saber, antecipadamente, que o direito assegura uma determinada expectativa, o indivíduo não se sentirá inseguro ao defender a sua expectativa frente a desapontamentos. A famosa "segurança jurídica" se refere inicialmente às expectativas próprias, e apenas secundariamente à segurança do preenchimento destas expectativas através do comportamento esperado.

A função do direito não é, assim, reduzida à consecução de um determinado fim, mas é entendida como a aplicação de um princípio de seleção estrutural; em outras palavras, sua função consiste na prestação seletiva efetuada pelo sistema, o qual escolhe expectativas comportamentais suscetíveis

---

<sup>65</sup> Segundo LUHMANN, N. *The auto-reproduction of the law...*, p.16.

<sup>66</sup> LUHMAN, N. *Sociologia do direito I*, p.57.

<sup>67</sup> *Idem*, p.115.

de generalização congruente, imunizando-as simbolicamente no confronto de outras possibilidades.

Como já mencionamos, a variável evolutiva do direito consiste na seleção da forma de generalização apropriada a cada dimensão. E apenas neste ponto é plausível, para LUHMANN, a referência aos elementos que constituem, na história do pensamento jurídico, os pontos de referência teóricos para a busca de um "conceito" do direito, que refletisse a "essência" do direito: as sanções, os processos e os programas.

Na dimensão temporal, a normatividade do direito consiste na manutenção das expectativas em termos contrafáticos. A positividade do direito possibilita a introdução de estratégias cognitivas neste âmbito normativo, principalmente através da atividade legislativa. Neste quadro, a sanção refere-se à normatização de uma forma de processamento de desapontamentos. Enquanto nas sociedades arcaicas, o meio mais expressivo para tanto era a vingança, na sociedade moderna a sanção ao infrator torna-se o modo institucionalmente privilegiado da manutenção das normas.

Cumprir repelir uma concepção muito difundida segundo a qual o direito é definido através da aplicabilidade legítima, ou seja, socialmente reconhecida, da força física no caso de transgressões às normas. Trata-se, para LUHMANN, de conceber o valor da força para o direito na perspectiva do simbolismo de sua generalização, que possibilita a sua não utilização efetiva. Retornaremos a esta questão mais adiante, ao abordarmos as relações existentes entre sistemas jurídico e político, os quais utilizam o mesmo mecanismo simbiótico, qual seja, a força física.

Na dimensão social, ocorre a criação de sistemas de interação especiais (procedimentos) para a seleção do direito válido, sendo tomadas decisões institucionalizadas, isto é, que possuem efeito vinculativo sobre terceiros. Com

isto é garantido o aumento da capacidade seletiva do sistema, para fazer frente às exigências de uma sociedade mais complexa.

Na dimensão objetiva, vimos que o direito é estabilizado na forma de programas decisórios, que possibilitam a tomada de decisões em situações de complexidade crescente. A referência a pessoas ou a papéis seria muito concreta para a sedimentação dos conteúdos jurídicos, enquanto que a labilidade dos valores não se coaduna com a especialização funcional do direito.

Através das expectativas comportamentais generalizadas de modo congruente, a originária contingência do comportamento (sem olvidar que se trata sempre de uma dupla contingência) é traduzida na diferença entre os valores do código binário, direito e não direito. Assim, torna-se possível decidir vinculativamente a respeito do agir contingente<sup>68</sup>.

A análise da função da normatividade jurídica permite seu desdobramento em duas direções, na dimensão temporal: enquanto estabilização contrafática das expectativas, a norma jurídica orienta-se prevalentemente pelo passado; enquanto guia de comportamento, a norma adquire pretensões de direcionar os comportamentos sociais. Esta última possibilidade é discutida doutrinariamente sob o título "mudança social através do direito". Analisemos, mais detidamente, esta questão.

Através da estruturação do sistema pelo código binário, as normas são utilizadas como regras de classificação (atribuição), ou seja, o comportamento é etiquetado ou como lícito, ou como ilícito. Trata-se, porém, de uma questão empiricamente aberta estabelecer até que ponto, com tal classificação, motiva-se a atuação conforme ou contrária ao direito. Isto significa que a pretensão do

---

<sup>68</sup> Segundo LUHMANN, N. La giustizia nei sistemi giuridici della società moderna. In: La differenziazione del diritto, p. 319-325.



direito de guiar efetivamente os comportamentos é infundada? Em outros termos: a estrutura do sistema global da sociedade moderna permite a realização de ambas as funções por um mesmo sistema?

Nas sociedades arcaicas e das altas culturas, a unidade normativa das duas funções podia ser garantida pelo reduzido grau de complexidade social, no sentido de que quando os indivíduos determinavam-se em relação à normatividade de uma expectativa, a orientação dos comportamentos devia situar-se na linha das expectativas que, quando atingidas, deviam ser reabilitadas.

Na sociedade moderna, é possível observar um deslocamento da orientação primária, do horizonte temporal do passado, ao horizonte temporal do futuro<sup>69</sup>. Não se trata mais de garantir a repetição do igual no futuro - o que seria mera repetição do passado - mas é colocado o problema de um futuro diverso, e isto na *"dupla forma de um futuro presente, que dispõe de uma grande quantidade de possibilidades, dentre as quais deve ser escolhido um presente futuro"*<sup>70</sup>.

Trata-se, então, de confrontar as possibilidades da normatividade jurídica (indicando a simples continuidade das expectativas), com a emergência, característica da sociedade moderna, da consciência do futuro.

O problema central consiste na possibilidade mesma da normatividade face a um futuro cada vez mais aberto, e que deve ser construído no presente. Embora o direito positivo tenha respondido a estas transformações estruturais da sociedade no sentido de permitir a aleatoriedade dos conteúdos jurídicos (propiciando, então, maior mobilidade ao sistema), e a transformabilidade

---

<sup>69</sup> Segundo DE GIORGI, R. Azione e imputazione: semantica e critica di un principio nel diritto penale. Lecce: Edizione Milella, 1983. p. 265.

<sup>70</sup> LUHMANN, N. La funzione del diritto. In: La differenziazione del diritto, p.92.

constante do direito através da legislação, LUHMANN afirma que o sentido da norma jurídica não possibilita mais o adimplemento de ambas as funções. O direito realiza sua função ao assegurar as expectativas e ao regular os conflitos<sup>71</sup>. Trata-se, então, de consignar a possibilidade da planificação social para outro âmbito funcional.

O direito propicia a segurança da continuidade na mudança através de uma ligação com o passado. Isto por que ele é uma ordem auto-substitutiva, no sentido de que ele não pode ser substituído por ordens de outro tipo, mas pode ser desenvolvido apenas em ligação com ele mesmo<sup>72</sup>. Toda e qualquer mudança do direito é produzida pelo próprio sistema, na rede recursiva de sua auto-reprodução normativa. Porém, é problemático indicarmos até que ponto o futuro pode ser controlado normativamente em relação com o passado e com o presente.

Parece que uma tentativa de reunificar ambas as funções acima mencionadas é pensada como tarefa da legislação. O legislador pensa poder modificar os comportamentos através da estatuição do direito. De fato, porém, o legislador não tem controle dos efeitos diretos e colaterais, expressos e latentes, da estatuição do direito. Embora a legislação constitua a maior fonte de complexidade no sistema jurídico, pois ao mesmo tempo implementa política e prática legal orientada aos resultados (atuação na forma de programas finalísticos), estes, na maior parte dos casos, não são alcançados, produzindo, até mesmo, efeitos não previstos.

A função do direito, portanto, não consiste em um propósito (o qual, se fosse alcançado, colocaria um fim na auto-reprodução do sistema), nem em uma idéia regulativa que, como ideal, seria apontada como irrealizável. Trata-se,

---

<sup>71</sup> Sobre a relação entre o direito e os conflitos, falaremos mais adiante.

<sup>72</sup> Segundo LUHMANN, N. *La giustizia...*, p.320.

repetindo uma vez mais, de um sistema que utiliza as possibilidades de conflitos para selecionar expectativas comportamentais passíveis de generalização congruente. É mister, então, analisarmos com mais vagar, a relação entre direito e conflito.

O direito se constitui como antecipação de possíveis conflitos. A esquematização binária direito/não direito serve para desenvolver um modo específico de aquisição de informações, a fim de que sejam criados pressupostos decisoriais. *"O direito busca, apenas, evitar a atuação violenta dos conflitos, fornecendo para cada um deles formas de comunicação apropriadas"*<sup>73</sup>.

Em que consiste o conflito? Trata-se de um particular tipo de sistema social que se constitui mediante a comunicação de uma contradição: são comunicadas certas expectativas e a sua não aceitação também é comunicada. Eles se formam no interior de outros sistemas sociais, não assumindo a condição de subsistemas autonomamente especificados.

O condicionamento dos conflitos pelo direito, principalmente através da limitação dos meios e do incremento da segurança mediante a participação de terceiros imparciais, é utilizado como instrumento para colocar em ação um sistema imunitário<sup>74</sup>.

O direito, como sistema imunitário da sociedade, serve para desenvolver uma série de mecanismos que permitam a *autopoiesis* do sistema global, mesmo em presença de contradições, ou seja, mesmo que o futuro e o consenso permaneçam inalcançáveis. As contradições nada mais são do que sínteses constituídas internamente ao sistema, conjuntos de sentido unidos sob

---

<sup>73</sup> Conforme LUHMANN, N. *Sistemi sociali*, p. 580.

<sup>74</sup> Sobre o tema, particularmente a relação entre contradição, conflito e sistema imunitário, consultar LUHMANN, N. *Sistemi Sociali*, p. 559-626.

o perfil da incompatibilidade (através da utilização da negação).

As contradições funcionam como um "sinal de alarme" dentro do sistema, produzindo instabilidade e insegurança quanto ao valor conectivo dos elementos autopoieticos. A contradição destrói, por um momento, a pretensão do sistema de ser complexidade já reduzida (falamos em complexidade estruturada), garantindo, todavia, a continuação da auto-reprodução. *"A contradição assinala que o contato poderia ser interrompido, que o sistema social poderia acabar - eis a sua função"*<sup>75</sup>.

O direito funciona como sistema imunitário da sociedade, pois as certezas alcançadas através dele se baseiam no fato de que a comunicação das expectativas funciona também em base de contradições (conflitos). É o instrumento principal para a seleção das negações suscetíveis de sucesso, e dos conflitos que é oportuno arriscar. Trata-se, então, de assinalar a unidade da reprodução autopoietica do sistema, e de imunizá-la contra a possibilidade de que o sistema acabe.

A relação do direito com os conflitos é ambivalente: de um lado, sabemos que as decisões judiciais se originam da existência de pretensões resistidas entre as partes. De outra parte, parece evidente que o sistema político, através da legislação, cria possibilidades de ativação do direito ao produzir novas situações conflituais. Pensemos, por exemplo, na legislação protetiva do inquilinato, que faz com que desapareçam do mercado os imóveis para locação. Operou-se uma reversão da perspectiva do conflito: não se trata mais apenas de decidir quais expectativas devem ser mantidas em caso de conflito; trata-se da produção de conflitos pré-decididos pelo legislador, de forma a fixar regulações para eles, as quais têm validade jurídica<sup>76</sup>.

Com estas colocações, focalizamos os principais aspectos referentes à concepção luhmanniana da função do direito. Importa ressaltar, então, a imanente improbabilidade do direito positivo da sociedade moderna, ou seja, um direito mutável, que é capaz de aprender, e, justamente por isso, tem que evitar

---

<sup>75</sup> Segundo LUHMANN, N. *Sistemi Sociali*, p. 578.

<sup>76</sup> De acordo com LUHMANN, N. *The unity of the legal system*, p.32.

o descrédito de sua normatividade própria, no sentido de evitar a sua utilização pelo sistema político, como mero instrumento de implementações burocráticas. Com isto acenamos ao tema de que nos ocuparemos a seguir, referente ao acoplamento estrutural entre direito e política, na perspectiva da teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados.

#### **4.4. O direito como *medium* da comunicação**

É necessário retomarmos algumas noções esboçadas no capítulo III, referentes à função e estrutura dos meios de comunicação generalizados sobre base simbólica.

De início, cumpre sublinhar o limiar de improbabilidade comunicativa para o qual estes *media* se especializam: trata-se de dispositivos semânticos que, por si mesmos, proporcionam o sucesso às comunicações improváveis. Isto significa que o *partner* da comunicação é motivado à aceitação de seu conteúdo através do modo de seleção do mesmo, realizado pelo outro *partner*. Estes meios neutralizam esta improbabilidade - pensemos, por exemplo, no quanto é improvável a execução de uma ordem sem o emprego efetivo da violência - transformando-a, senão em probabilidade, ao menos em "expectabilidade".

Para cumprir esta função, tais *media* utilizam uma semântica ancorada na realidade: referem-se à verdade, ao amor, ao poder, ao dinheiro, ao direito. A utilização deles se dá através de referências orientadas para quadros de circunstâncias específicos (que nós chamamos, anteriormente, problemas de referência), segundo uma determinada maneira de imputação das seleções comunicativas.

Tal imputação, como vimos, tomando como referência as posições sociais Alter e Ego (salientando-se a situação dominada pela dupla contingência), pode se dar como ação ou como vivência. Nesta última hipótese, o sistema se reporta ao ambiente, atribuindo-lhe uma série de fatos e acontecimentos. No caso da ação, trata-se da atribuição da seleção comunicativa ao próprio sistema.

A generalização refere-se à possibilidade de orientações de sentido que podem ser mantidas diante de parceiros diversos, em situações diferentes, de

forma a que se atinjam conseqüências semelhantes. Por simbolização, entende-se que uma situação muito complexa experimentada na interação é expressa simplificada<sup>77</sup>.

O direito, enquanto *medium*, não é um ordenamento de condutas ele mesmo, mas antes um código da comunicação, cujas regras asseguram a relação entre seleção e motivação para a aceitação das comunicações, sempre que tiver lugar uma comunicação deste gênero. "*Trata-se de uma significação do significado, enraizada no código, que proporciona a aprendizagem do [direito]*"<sup>78</sup>. O direito é, de fato, uma comunicação orientada por um código.

Quando uma semântica especial é diferenciada em função do *medium*, como o amor-paixão, ou o estado de direito, os processos ordenados por ele tornam-se reflexivos, isto é, tornam-se aplicáveis a si mesmos. Somente assim se cumpre a plena especificação funcional e a acessibilidade universal do *medium*.

Qual a relação entre a diferenciação destes *media* e a forma da diferenciação funcional da sociedade moderna? Nem todos funcionam como catalisadores da formação de sistemas parciais. Porém, quando isto ocorre (e este é o caso do direito), as operações do sistema se orientam sobre o *medium* específico, realizando, assim, a auto-reprodução sistêmica.

É mister, agora, deixarmos de lado estas considerações de índole mais geral, e analisarmos, especificamente, o direito como *medium*. Teremos, então, oportunidade para enfrentarmos o problema das relações existentes entre sistema jurídico e sistema político, cuja tendência evolutiva parece indicar, segundo LUHMANN, uma diferenciação crescente e um aumento das interdependências recíprocas.

O *medium* poder, que organiza a auto-reprodução do sistema político, é codificado hierarquicamente de acordo com o esquema poderoso/subordinado.

---

<sup>77</sup> Desta forma, seguimos a descrição dos meios da comunicação simbolicamente generalizados realizada por LUHMANN e DE GIORGI na *Teoria della società*, p.61-168, e que foi objeto de exposição sumária no capítulo III deste trabalho.

<sup>78</sup> Conforme LUHMANN, N. *O amor como paixão*: para a codificação da intimidade. Tradução por Fernando Ribeiro. Lisboa: Difel, 1991. p. 22.

Trata-se da transmissibilidade de resultados seletivos numa situação social dominada pela abertura das possibilidades de ação de ambas as partes, e não apenas em relação ao poderoso. Ambos reduzem a complexidade através da ação, e não simplesmente pela vivência. Por isso não é factível assemelhar o poder à coação, pois neste caso as possibilidades de escolha do coagido são reduzidas a zero: "*coação significa abandono das vantagens da generalização simbólica e da direção da **seletividade** do parceiro*"<sup>79</sup>. Isto significa que o poder cresce com o aumento das liberdades de ambos os lados. É mais plausível ver o poder (como todo *medium* da comunicação) como limitação do espaço de seleção do parceiro. Trata-se de um agir que especializa sua própria seletividade em provocar o agir alheio. "*Embora **ambos** os lados ajam, o que acontece é atribuído **somente** ao poderoso*"<sup>80</sup>.

Em uma situação de complexidade crescente, é preciso reduzir a aleatoriedade demasiadamente grande das combinações de alternativas possíveis entre as ações de Alter e de Ego: a segunda codificação do poder ocorre através do esquematismo binário direito e não direito. Sobre a codificação do direito, e sobre a diferenciação entre código e programa, que constitui o cerne da estrutura do direito positivo, já tecemos suficientes considerações. Importa, agora, ressaltar que o *medium* direito atua como catalisador para a formação do sistema do direito, cuja função e estrutura já tivemos oportunidade de explicitar.

Temos, então, um sistema político que funciona com base na diferença entre o *medium* poder, que simboliza a unidade do sistema e garante a *autopoiesis* do mesmo, e as organizações constituídas no seu interior, como sistemas sociais especializados na produção de decisões vinculantes em base a premissas de decisões. De outra parte, existe um sistema jurídico especificado funcionalmente pela referência ao código direito/não direito,

---

<sup>79</sup> Segundo LUHMANN, N. Poder. Tradução por Martine C. Martins. 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p.9.

<sup>80</sup> Idem, p.14.

constituído, igualmente, em base à diferença entre o medium utilizado e as instâncias produtoras de decisões.

Segundo LUHMANN, ambos utilizam o mesmo mecanismo simbiótico da força física, pois não existe nenhum sistema social que abstraia completamente do fato de que as pessoas participam com o corpo nas comunicações e, portanto, a especificação funcional da semântica dos *media* da comunicação exige uma simbolização desta relação física. A hipótese teórica geral é de que quanto menos a comunicação for limitada (no respectivo *medium*) pelo mecanismo simbiótico a ela agregado, tanto mais este mecanismo manter-se-á enquanto condição de diferenciação plena<sup>81</sup>.

O código do poder baseia-se na exclusão da violência física (politicamente controlada), a não ser para fazer prevalecer (imposição) o direito. Ambos apóiam-se, então, sobre a possibilidade do recurso à força física. Este mecanismo comum não produz efeitos de "des-diferenciação" entre os respectivos sistemas?

A resposta luhmanniana é negativa. Para a análise desta relação, ele recorre à concepção parsoniana dos *double interchanges*, no sentido de que entre os sistemas existe uma dupla via de intercâmbios. Expliquemos mais claramente: sobre uma via, o sistema político oferece ao jurídico premissas decisórias na forma de direito positivamente estatuído (legislação), enquanto recebe a realização do poder político que passa pelo direito (através do princípio da submissão do poder político ao direito, *rule of law*). Sobre a outra via, o sistema jurídico fornece ao político premissas para o emprego da força física, na forma de decisões juridicamente vinculantes, interrompendo-se o círculo do poder (vontade e força); enquanto que o sistema jurídico recebe a possibilidade da coerção de que necessita para sua imposição<sup>82</sup>.

Esta descrição corrobora a tese central dos sistemas auto-referentes de que o fechamento é condição para a abertura do sistema. Vimos que o

---

<sup>81</sup> Segundo LUHMANN, N. *O amor...*, p.30.

<sup>82</sup> LUHMANN, N. Coerzione giuridica e potere politico. In: *La differenziazione dei diritto*, p.162.



acoplamento estrutural (que substitui o modelo dos *inputs* e *outputs*) entre os sistemas jurídico e político não implica em que sejam fornecidas operações de um sistema para a reprodução do outro sistema. Isto por que se trata sempre de auto-reprodução. Estes apenas pressupõem específicos estados ou mudanças nos seus ambientes, e repousam sobre eles. Através deste mecanismo o sistema se deixa "irritar" pelo ambiente, possibilitando a aprendizagem e a mudança estrutural.

Observamos que o modo específico como se apresenta este acoplamento entre o direito e a política, permite com que seja excluída a maior parte dos fatos ambientais do campo de relevância da *autopoiesis* sistêmica. Assim, por exemplo, as premissas decisoriais fornecidas na forma de decisões programantes pelo sistema político, aliviam o sistema do direito no sentido de que o juiz não precisa considerar os inúmeros fatores que influenciaram na formação da "vontade do legislador". Isto significa que "*acoplamento estrutural pressupõe e organiza desacoplamento*"<sup>83</sup>.

As constituições se constituem no mecanismo que acopla o sistema jurídico ao político, ao mesmo tempo em que separa ambos os sistemas. O paradoxo e a tautologia de base do direito - o direito é aquilo que o direito determina ser legal ou ilegal - pode ser circundado e utilizado operativamente pelo direito através da referência ao sistema político, por exemplo, mediante referência à vontade soberana do povo na elaboração da sua constituição.

Com estas referências sucintas, pretendemos apenas acenar a problemas que, por sua complexidade, fugiriam aos limites do presente trabalho, visto que a análise dos meios da comunicação exigiria uma pesquisa exaustiva e direcionada. Julgamos haver mencionado os principais problemas atinentes a esta esfera teórica, no que tange a indicação de um percurso inovador para a análise do sistema jurídico.

---

<sup>83</sup> LUHMANN, N. *Structural coupling*..., p. 1433.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um longo percurso através da estrutura labiríntica constituída pela teoria da sociedade de LUHMANN e DE GIORGI, parece-nos oportuno assinalar as principais questões que abordamos, referentes à análise do direito como sistema parcial da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada.

Julgamos necessário sermos particularmente fiéis ao nosso marco teórico por diversas razões: I. por que o sistema conceitual da teoria da sociedade constitui uma arquitetura complexa e unitária no âmbito da qual cada análise constitui o pressuposto para a análise sucessiva; II. por que a modificação operada em relação ao pensamento jurídico tradicional é tão radical que apenas o delineamento da inteira arquitetura conceitual sistêmica permite-nos localizar, apropriadamente, as análises específicas, como a nossa proposta de descrição do sistema jurídico; III. por que segundo a tradição consolidada nos últimos dois séculos, a partir do constitucionalismo moderno, segundo a qual o direito regula a sociedade, continua-se a discutir a relação entre direito e sociedade, e por isso para nós era fundamental deixar emergir o sistema jurídico como direito da sociedade<sup>1</sup>; IV. por que a teoria da sociedade constitui o trabalho no qual está contida grande parte da pesquisa sistêmica sobre a sociedade, desenvolvida nos últimos 30 anos, com todas as dificuldades e implicações analíticas que advém desta situação.

Por estas razões pareceu-nos oportuno apresentar, em um formato acessível, uma teoria social, na qual é possível encontrarmos todos os instrumentos conceituais para a descrição do direito.

Um dos motivos pelos quais a teoria da sociedade, na versão sistêmica

---

<sup>1</sup> Trata-se de um tema tão relevante que o próprio LUHMANN intitulou a sua obra mais recente sobre o direito como "O direito da sociedade". Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp: 1993.

ora apresentada, não é conhecida, deriva exatamente da complexidade de sua arquitetura, assim como um dos motivos pelos quais são feitas a ela críticas tão radicais, deriva do fato de que o conhecimento de seus pressupostos é apenas parcial.

Do nosso trabalho de reconstrução do pensamento de LUHMANN e DE GIORGI, emergem os seguintes aspectos que caracterizam o direito:

1. o direito como sistema social.

Tal tese significa que o direito é sociedade, isto é, através do direito se produz comunicação social. Se o direito é sociedade, é claro que o direito evolui com a sociedade. As questões que assumem relevância, nesta perspectiva, dizem respeito às condições da evolução do sistema, às aquisições evolutivas que se estabilizam no sistema, às relações evolutivas existentes entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais.

O direito como sistema social, é operacionalmente fechado. Não existem *inputs* e *outputs* de normas entre sistema e ambiente. Esta concepção permite-nos observar o acoplamento estrutural, por intermédio das organizações, existente entre direito e política, direito e economia, direito e religião...

As modalidades destes acoplamentos requerem pesquisas específicas, pois, por um lado, a estrutura dos sistemas singulares evolui com a evolução da sociedade; por outro lado, existem os sistemas sociais das organizações, como o estado, que possibilita a coligação entre direito e política.

A descrição do direito como sistema que opera em auto-contato (*autopoiesis*) tem como seu pressuposto o fato de que, para cada comunicação jurídica que se verifica através do sistema, é modificado o *status* do próprio sistema. Logo, esta idéia exclui a possibilidade de entendermos o sistema jurídico como sistema estável, que deve se conservar. As críticas neste sentido

não têm destinatário.

Uma vez mais, as questões a serem problematizadas neste âmbito teórico, são substancialmente diversas daquelas colocadas pela tradição: como o sistema controla as suas transformações? Quais transformações possuem capacidade evolutiva? Como se re-estabiliza o sistema diante da ameaça do ambiente? E esta ameaça consiste no fato de que o ambiente é mais complexo do que o sistema, e se transforma simultaneamente, embora de maneira independente ao sistema?

## 2. a função do direito.

A tradição do pensamento jurídico que conhecemos tratou o direito como forma temporalizada da justiça (direito natural), como instrumento de regulação da força física, como técnica da pacificação social e da resolução dos conflitos. Não devemos desconsiderar tais concepções. Porém, na sociedade moderna, a função do direito é diversa. Trata-se de um sistema social que estabiliza expectativas comportamentais em relação ao futuro.

O futuro, nesta sociedade, está mais próximo de quanto não poderia ser representado em outras sociedades, e é reconstruído, continuamente, a partir do presente<sup>2</sup>. Esta situação de incerteza em relação ao futuro, que determina a precariedade da razão moderna, pode ser regulada através de estruturas de expectativas que permitem a orientação do comportamento na hipótese da violação das expectativas.

Porém, esta estabilização realizada pelo direito apresenta, ela mesma, uma particular precariedade, que pode ser indicada mediante o recurso à positividade do direito. A positividade implica na possibilidade de transformação estrutural do direito; ou seja, não há nenhuma certeza sobre o direito futuro. Ou

---

<sup>2</sup> Segundo DE GIORGI, R. O risco na sociedade contemporânea, p.

melhor: a única certeza possível é que podemos esperar normativamente que as transformações do direito ocorrerão na forma do direito.

Como podemos ver, existe certeza de que haverá um direito, e incerteza a respeito do conteúdo deste direito. Consequência desta postura teórica é a idéia de que o fundamento de legitimidade do direito não está nem na razão, nem na natureza, mas no fato de que o direito transforma a si mesmo. O direito se auto-legitima.

Esta característica do direito moderno alarga as possibilidades da comunicação através do direito (ou seja, aumenta as possibilidades de jurisdicização dos eventos), e confere a ele uma estabilidade que é ligada apenas à seletividade do próprio sistema.

Diante da incerteza do futuro, a função do direito consiste no fato de que, qualquer que seja o modo como se apresente o futuro, é possível sempre vincular o futuro em base a esta particular certeza do direito. Este se manifesta como dispositivo universal que vincula o tempo através da certeza de um incerto tratamento do futuro.

As diversas disciplinas da ciência jurídica, por nós indicadas no capítulo introdutório desta pesquisa, descrevem o direito como técnica da pacificação social e da resolução dos conflitos. Vimos que o direito não resolve os conflitos, mas utiliza-os de modo a transformar a instabilidade das situações conflituais na estabilidade da processualização jurídica das expectativas conflitivas. O direito, então, é técnica da canalização das expectativas normativas e de seu tratamento congruente.

As descrições da ciência jurídica aparecem como hiper-simplificações necessárias para que o sistema jurídico observe e descreva o seu operar. De uma perspectiva interna, a decisão jurídica aparece como uma solução de conflito. Assim como, o poder coercitivo da norma é observado como uso

regulado da força física. E, sempre do ponto de vista interno, o sistema do direito parece conter uma descrição estável do futuro, através, por exemplo, das constituições.

Segundo a perspectiva da teoria da sociedade, é possível observar como estas representações são resultado das operações do próprio sistema, que oculta, a si mesmo, a paradoxalidade do seu operar. Como já salientamos, esta "auto-ilusão" é necessária. É possível observá-la, apenas, segundo uma perspectiva externa ao sistema, descrevendo, então, como ela é produzida e como é operacionalizada. Somente assim, é possível indicar as soluções funcionalmente equivalentes àquelas estabilizadas através da evolução.

### 3. o direito como *medium*.

A teoria e a filosofia do direito concentraram seus interesses na definição do caráter da normatividade especificamente jurídica. Elaboraram descrições desta normatividade que eram fundadas nas idéias de imperatividade, de poder vinculante da norma ou de coercibilidade mediante o recurso à sanção. Não foi possível para estas orientações do pensamento encontrar uma colocação plausível da normatividade no agir social.

Na realidade, torna-se difícil explicar a normatividade sobre a base da imperatividade, pois que, como já afirmara HART, o caráter imperativo do direito deriva da disponibilidade dos destinatários em aceitá-lo. De outra parte, a normatividade não pode consistir apenas na coercibilidade, se esta significa a possibilidade do recurso à força física, pois quanto mais alta é a medida do recurso à força física, ou quanto maior é a necessidade do recurso à ameaça para obtenção da obediência, tanto menor é o poder vinculante do direito.

Em resumo, aquilo que é difícil explicar é o fato de que a imperatividade é relacionada, na sua origem, às manifestações de vontade, e continua a subsistir, posteriormente, independentemente desta vontade. Como podemos

explicar, na perspectiva da teoria da sociedade, a permanência da imperatividade?

A resposta oferecida deriva da teoria dos meios da comunicação. Esta supera as limitações acima mencionadas, por que parte do pressuposto de que existem situações de comunicação social nas quais seria altamente improvável a aceitação da seleção do sentido que é proposta. Em outras palavras: tal teoria parte do pressuposto de que é altamente improvável esperar que seja reconhecida, como direito, uma normatividade que deriva de uma vontade imaginária, ou de fontes que não existem mais.

Esta perspectiva permite-nos descrever não apenas como funciona o direito, mas também as diferenças existentes entre situações da comunicação social que tematizam o direito, e situações que tematizam a verdade, o dinheiro ou o amor.

O direito, entendido como *medium*, torna-se um instrumento da comunicação social que realiza a transformação da improbabilidade da aceitação em "expectabilidade" que a seleção ofertada seja aceita. Isto ocorre através do fato de que a condicionalização da seleção torna-se fator da motivação. Tais *media* consistem em dispositivos que se ativam em situações comunicativas extremamente diversificadas, que se modificam com a evolução social, e que atingem a plena diferenciação apenas na sociedade moderna.

A teoria dos meios da comunicação generalizados sobre base simbólica permite descrever a normatividade do direito na complexidade de sua estrutura; de seguir a sua co-evolução com a sociedade; de observar como se produz nesta o agir conforme ao direito, sem o recurso à força física, ou dentro de limites toleráveis pelo sistema. Na base do sistema jurídico há sempre a auto-transformação da força em direito, através dos meios da comunicação.

A perspectiva da teoria da sociedade nos permite desenvolver

indagações diferenciadas sobre as modalidades de produção do comportamento contrário ao direito, e, especialmente, sobre as modalidades de produção do agir conforme ao direito. Permite-nos observar o quanto a sociedade necessita do direito, e analisar o modo pelo qual, através da comunicação social, se estabilizam relações concretas através da generalização de posições sociais, e a formação de relações contínuas através da comunicação jurídica.

A complexidade da teoria dos meios da comunicação parece exigir pesquisas específicas, como aquelas desenvolvidas por LUHMANN sobre o amor e o poder<sup>3</sup>. Esta tarefa foge aos limites deste trabalho-dissertação, no qual procuramos indicar os grandes temas da teoria da sociedade, os quais abrem inúmeras possibilidades de trabalhos futuros.

Para nós, trata-se de seguir a inspiração iluminística que caracteriza esta teoria, no sentido de compreender e reduzir a complexidade do mundo. A fecundidade deste trabalho consiste na certeza advinda da inspiração luhmanniana de que *"existem contextos teóricos nos quais é possível aprender sem renunciar à capacidade de aprender"*<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Para indicação bibliográfica das obras, consultar as notas indicadas no capítulo anterior.

<sup>4</sup> Segundo LUHMANN, N. *The differentiation of society*, p.270.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979. (tradução espanhola Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.)
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo & ESPOSITO, Elena. Glossario dei termini della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann. Urbino: Montefeltro, 1989. 171p.
- BOBBIO, Norberto. Teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. 297p.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. (tradução portuguesa Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência jurídica, por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. 289p.)
- CHUEIRI, Vera Karam. A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso insituante de direitos. Florianópolis, 1993. Dissertação. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. (manuscrito)
- DE GIORGI, Raffaele. Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann. Bari: De Donato, 1979. 255p.
- \_\_\_\_\_. Materiali per una teoria sociologica del diritto. Bologna: Università di Bologna, 1981. 270p.
- \_\_\_\_\_. Azione e imputazione: semantica e critica di un principio nel diritto

- penale. Lecce: Edizioni Milella, 1983. 266p.
- \_\_\_\_\_. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. In: Disuguaglianze ed equità in Europa. Bari: Laterza, 1993. p.359-378.
- \_\_\_\_\_. El riesgo en la sociedad moderna. Buenos Aires: Fundación Omega Seguros, 1993. 20p. (tradução brasileira O risco na sociedade contemporânea, por Daniela Nicola, Cristiano Paixão e Samantha Dobrowolski. [no prelo])
- DE GIORGI, Raffaele & LUHMANN, Niklas. Teoria della società. 4.ed. Milão: FrancoAngeli, 1993. 400p.
- \_\_\_\_\_. L'analyse e lo studio del rischio nelle società complesse. Lecce: Centro di Studi sul Rischio, s/d. (manuscrito)
- DUPUY, Jean-Pierre. On the supposed closure of normative systems. Conference Materials: Autopoiesis in Law and Society. Florence: European University Institute, 1985. 34p.
- DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986. (tradução espanhola El imperio de la justicia, por Claudia Ferrari. Barcelona, Gedisa, 1988. 328p.)
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368p.
- HART, Herbert L.A. The concept of law. Oxford: University Press, 1961. (tradução portuguesa O conceito de direito, por A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s/d. 306p.)
- KELSEN, Hans. Reine rechtslehre. Viena: Verlag Franz Deuticke, 1960. (tradução portuguesa Teoria pura do direito, por João B. Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 371p.)
- KOZICKI, Katia. H.L.A.Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Florianópolis, 1993. Dissertação. Curso

de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.  
(manuscrito)

LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5.ed. Berlin: Springer-Verlag, 1983. (tradução portuguesa Metodologia da ciência do direito por José Lamego. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s/d. 620p.)

LUHMANN, Niklas. Soziologische Aufklärung. Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1970. (tradução espanhola Ilustración sociológica y otros ensayos por H.A.Murena. Buenos Aires: Editorial SUR, 1973. 183p.)

\_\_\_\_\_. Rechtssoziologie 1. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 1972. (tradução brasileira Sociologia do direito I, por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252p.)

\_\_\_\_\_. Rechtssoziologie 2. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 1972. (tradução brasileira Sociologia do direito II, por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212p.)

\_\_\_\_\_. Macht. Stuttgart: Enke, 1975. (tradução brasileira Poder, por Martine C. de Rezende Martins. 2.ed. Brasília: Ed. UnB, 1992. 122p.)

\_\_\_\_\_. Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1981. (tradução italiana La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto, por Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990. 397p.)

\_\_\_\_\_. Liebe als Passion. Frankfurt am Main: Surhkamp, 1982. (tradução portuguesa O amor como paixão: para a codificação da intimidade, por Fernando Ribeiro. Lisboa: Difel, s/d. 250p.)

\_\_\_\_\_. The differentiation of society. Tradução inglesa por Stephen Holmes e Charles Larmore. Nova York: Columbia University Press, 1982. 482p.

\_\_\_\_\_. Soziale System: Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984. (tradução italiana Sistemi sociali: fondamenti di una

- teoria generale, por Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Bologna: Il Mulino, 1990. 761p.)
- \_\_\_\_\_. Essays on self-reference. New York, Oxford: Columbia University Press, 1990. 245p.
- \_\_\_\_\_. The self-reproduction of the law and its limits. Conference Materials: Autopoiesis in Law and Society. Florence: European University Institute, 1984. 21p. (manuscrito)
- \_\_\_\_\_. The coding of the legal system. Conference Materials: Autopoiesis en Law and Society. Florença: EUI, 1984. 61p.(manuscrito)
- \_\_\_\_\_. El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho. Anales de la Cátedra F.Suárez, n.25, p.87-103, 1988. (tradução brasileira O enfoque sociológico da teoria e prática do direito, por Daniela Nicola, Cristiano Paixão e Samantha Dobrowolski. [no prelo])
- \_\_\_\_\_. La differenziazione di politica ed economia e i suoi fondamenti sociali. Convegno Internazionale: Uomini e Tecnologie. Milano: Finanziaria Breda, 1986. p.21-41.
- \_\_\_\_\_. The unity of the legal system. In: Autopoietic Law: a new Approach to Law and Society. New York: de Gruyter, 1987. p.12-35. (manuscrito)
- \_\_\_\_\_. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. Cardozo Law Review. New York: Editorial Office, v.13, n.5, p.1419-1441, 1992.
- PANNARALE, Luigi. Il diritto e le aspettative. Bari: Edizione Scientifiche Italiane, s/d. 167p.
- PARSONS, Talcott. Societies: evolutionary and comparative perspectives. New Jersey: Prentice-Halls, 1966. (tradução brasileira Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas, por Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1969. 191p.)

- \_\_\_\_\_. The system of modern societies. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1971.  
(tradução brasileira O sistema das sociedades modernas por Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. 189p.)
- REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 4.ed.rev.aum. São Paulo: Saraiva, 1986. 117p.
- ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985. 112p.
- \_\_\_\_\_. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: Teoria do direito e do estado. (Org.) Porto Alegre: Fabris, 1994. p.65-80.
- VIEHWEG, Theodor. Topik und Rechtsphilosophie. (tradução brasileira Tópica e jurisprudência por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 166p.)